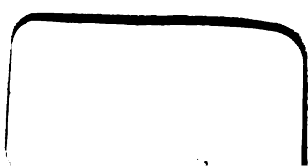

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TS





NETHERLANDS

# Het Beginsel der Lex Hac edictali in het Burgerlijk Wetboek.

# Het Beginsel der Lex Hac edictali
# in het Burgerlijk Wetboek.

# Het Beginsel der Lex Hac edictali in het Burgerlijk Wetboek.

---

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

**Doctor in de Rechtswetenschap**

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. W. L. P. A. MOLENGRAAFF,

Hoogleeraar in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN

**DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID**

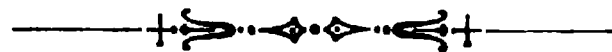
TE VERDEDIGEN

op Maandag 20 October 1902, des namiddags te 3 uur,

DOOR

**ANTONIE EDUARD SCHOUTEN,**

**Candidaat-notaris, geb. te Amsterdam.**



P. DEN BOER,

SENATUS VETERANORUM TYPOGRAPHUS ET LIBRORUM EDITOR.

UTRECHT — 1902.

Forty
S

Aan mijne Moeder

en

aan mijne Aanstaande Echtgenoote.

# INHOUD.

## DERDE HOOFDSTUK.

### Het Stelsel van het Burgerlijk Wetboek.

## VIERDE HOOFDSTUK.

### Artikels 236 en 240 van het Burgerlijk Wetboek.

## VIJFDE HOOFDSTUK.

### Artikels 237 en 949 van het Burgerlijk Wetboek.

## ZESDE HOOFDSTUK.

### Het Beginsel der Lex Hac edictali in verband met andere artikels van het Burgerlijk Wetboek.



## ZEVENDE HOOFDSTUK.

### Opmerkingen de Jure Constituendo.

## ACHTSTE HOOFDSTUK.

### Practische Toepassingen.





# INLEIDING.

Onder de artikels in ons Burgerlijk Wetboek, die door hunne minder duidelijke of gebrekkige redactie, zoowel voor de uitleggers der wet als voor hen, die geroepen zijn haar toe te passen en na te leven, meer dan éène moeilijkheid opleveren, nemen die, welke regelen de vermogensrechtelijke verhouding tusschen echtgenooten onderling ingeval van tweede en verder huwelijk, eene voorname plaats in.

Inzonderheid worden hier bedoeld artt. 236, 237, 240 en 949 B. W.

Dragers als zij zijn van een eeuwenoud beginsel, vanuit den vreemde in onze wetgeving allengs opgenomen, zijn zij dikwijls misverstaan en hebben vaak aan menigeen, die er op stuitte, heel wat hoofdbrekens gekost, waartoe trouwens niet weinig medewerkten de vele open kwesties, die door des wetgevers min gelukkige woordenkeuze, vage begripsomschrijving en onvolledige regeling ter beslissing werden overgelaten. Hoe dieper toch men in deze materie doordringt, hoe meer men tot het inzicht komt, dat de bekende uitdrukking, „zooveel hoofden, zooveel zinnen,"

hier ten volle toepasselijk is, dat het zelfs niet overdreven is te beweren, dat ieder zinsgedeelte, om niet te zeggen ieder woord, ééne of meer vragen heeft doen ontstaan, die de schrijvers over dit onderwerp bezig en verdeeld hebben gehouden in de meest uiteenloopende richtingen. Sommigen toch houden hier angstvallig vast aan de letter der wet, anderen laten aan haar geest meer recht weder-varen en letten dus voornamelijk op hare historische ont-wikkeling of onderstelde bedoeling, nog anderen huldigen meer de billijkheid, en ieder trekt aldus weer zijne eigen conclusies. Inzonderheid ingeval van huwelijksgemeenschap bleef en blijft de toepassing van dat zooeven vermeld oud beginsel het groote struikelblok in dezen opleveren.

Moge ook al in den laatsten tijd het huwen met huwelijks-voorwaarden bij hen, die iets bezitten, meer en meer regel worden, zoodat door de uitsluiting der werkelijke gemeen-schap van goederen vele netelige kwesties vanzelf weg-vallen, toch vergete men niet, dat, inzonderheid ten platte-lande, waar tweede en zelfs verdere huwelijken wegens de economische omstandigheden nog meer voorkomen dan in de steden, — huwen in wettelijke gemeenschap van goederen regel, met uitsluiting daarvan daarentegen uitzondering is.

Maar ook in de steden denken de mingegoeden uit den aard der zaak bij het aangaan van hun huwelijk aan geene huwelijksvoorwaarden. Onverschillig echter of een te ver-deelen boedel groot of klein is: de kwesties, bij de ver-deeling ontstaande, blijven dezelfde en de wet behoort immers volgens recht en billijkheid te worden nageleefd zoowel in het eene als in het andere geval.

Waar de wetgever echter tot heden toe nog steeds tekort schoot en wellicht nog niet zoo spoedig ook aan dit onderwerp weder eens zijne aandacht wijden zal, spreekt de wenschelijkheid van zelf, dat ieder, die geroepen wordt omtrent de zooeven aangehaalde artikels eene beslissing te nemen, hetzij dan als rechter of scheidsman, hetzij als raadsman van partijen, advocaat of notaris, een vast systeem volge, dat de moeilijkheden, die hier rijzen kunnen, zooveel mogelijk uit den weg ruimt of voorkomt. Vooral de notaris zal hier, met het oog op zijn ambt, door beleidvol optreden veel vermogen, hij zal aldus de tusschenkomst van rechters, scheidslieden of advocaten overbodig maken en de harmonie tusschen familieleden, waar deze om bovengemelde redenen verstoord dreigde te worden, doen bewaard blijven.

Heeft men nu eenmaal een stelsel aanvaard, volgens hetwelk men de regeling van het vermogensrecht der echtgenooten bij tweede en verder huwelijk tot stand wil brengen, dan passe men dit ook consequent toe in al zijne gevolgen en losse, zooveel als mogelijk is, de kwesties, die zich voordoen, daarmede op. Aldus eerst zal men er in slagen een uitweg te vinden uit een doolhof, waarin men anders licht verward zoude raken.

In de volgende bladzijden wil ik nu aanvangen de verschillende stelsels, welke met grootere of kleinere afwijkingen in theorie en praktijk verdedigd zijn, aan het grondbeginsel te toetsen en onderling te vergelijken om aldus te trachten tot het inzicht te geraken, welk daarvan aan dat oorspronkelijk beginsel en den inhoud en de bedoeling onzer tegenwoordige wet het meest voldoet

en derhalve aanvaard moet worden als het door ons Burgerlijk Wetboek gewilde stelsel, dat ik dan meer in bijzonderheden wil uitwerken en op de meer of min bekende vragen, bij wetsuitlegger en wetsuitvoerder gerezen, in toepassing brengen.

Vervolgens wensch ik nog enkele opmerkingen te maken de jure constituendo, om met eenige practische toepassingen, gelijk die zich werkelijk hebben voorgedaan en nog kunnen voordoen, te besluiten.

Wat aangaat de gevallen, die zich reeds in de praktijk hebben voorgedaan, is het mijn voornemen in een beknopt overzicht uiteen te zetten, in hoeverre rechter en fiscus er in geslaagd zijn een logisch stelsel tot richtsnoer hunner beslissingen aan te nemen. Dit toch zijn de beide practische organen, wier meeningen ook aan de buitenwereld bekend worden door verzamelingen van Jurisprudentie en P. W., terwijl de arbeid der notarissen, hoe wenschelijk het ware ook de resulaten hiervan te kennen, voor niet belanghebbenden uitteraard een gesloten boek blijft.

Allereerst evenwel zij nog een en ander opgemerkt omtrent de historische ontwikkeling van het beginsel der Lex Hac edictali. Hier kan ik, om niet in eene overbodige herhaling te vervallen van hetgeen reeds bij vele schrijvers is opgemerkt en hier en daar zelfs uitgebreid uiteengezet, zeer kort zijn, maar toch is het noodig bij een en ander even stil te staan, omdat een juist inzicht in het oud-Romeinschrechtelijk beginsel, zooals dit zich na de Middeleeuwen in Frankrijk en ook ten onzent en vervolgens onder den invloed van de bekende

Fransche juristen der 17e en 18e eeuw in den Code Civil en aldus weder in ons Burgerlijk Wetboek gehandhaafd heeft, tot recht verstand der in den aanvang aangehaalde artikels onmisbaar is, waarbij natuurlijk niet verzuimd mag worden op de geschiedenis der totstandkoming dezer artikels, voorzoover deze ons licht verschaft, den blik te slaan.

---

EERSTE HOOFDSTUK.

## Historisch overzicht.

---

1. Het tweede huwelijk, door de economische omstandigheden vaak geboden, wordt reeds van ouds door de schrijvers omtrent het huwelijksrecht behandeld en was dan ook al vroegtijdig eene zaak, waaraan de wetgever zijne aandacht wijdde.

De ethische zijde er van thans geheel buiten beschouwing gelaten, [1]) was het ook vooral de vermogensrechtelijke zijde, die hier in het oog moest worden gehouden, minder wat den hertrouwenden echtgenoot zelf betreft, daar deze toch tegenover iederen opvolgenden echtgenoot in dezelfde positie verkeert, dan wel wat aangaat de belangen van anderen, van zijn doen en laten grootendeels afhankelijk, die gedurende korter of langer tijd door hem worden onderhouden en na zijn overlijden volgens de wet zijne nalatenschap erven, n.l.

---

1) Zie hiervoor, inzonderheid wat den Romeinschen en nauw hiermede samenhangenden vroegsten Christentijd betreft, de voortreffelijke studie van Mr. C. O. SEGERS in Themis 1900, bldz. 421—441.

zijne afkomelingen, uit een vroeger huwelijk geboren. Kan men toch ten opzichte van de kinderen, uit een tweede of verder huwelijk van een hunner ouders geboren, juist dit als *het* huwelijk beschouwen, zonder hetwelk hun immers niet het aanzijn zou zijn geschonken, geheel anders wordt het, gelet op de kinderen uit een vroeger huwelijk gesproten, voor wie een volgend huwelijk van een hunner ouders wel degelijk verandering brengt in den bestaanden toestand, vooreerst doordat aldus het aantal hunner broeders en zusters, zij het dan ook van halven bedde, kan toenemen, en ten tweede, omdat hierdoor eene nieuwe persoonlijkheid optreedt, die ofschoon ook zij in zeer vele gevallen met den hertrouwde zorgvuldig hunne belangen behartigen zal, aan den anderen kant toch ook zelve veel van de genegenheid en zorg, door dien hertrouwde, nadat hem zijne wederhelft is ontvallen, uitsluitend aan hen gewijd, nu tot zich trekken zal.

Wat het eerste betreft, mocht daaruit vroeger al verschil van meening rijzen, of die uit een volgend huwelijk geboren kinderen bij die uit een vroeger gesloten moeten achterstaan, in den tegenwoordigen tijd, waarin men veelal met het Majoratenstelsel en wat daaruit voortvloeit, gebroken heeft, zegeviert terecht het beginsel, ook nedergelegd in ons art. 899 B. W., dat alle kinderen uit denzelfden persoon geboren, te zijnen opzichte in gelijke verhouding staan, zoodat uit dezen hoofde een opvolgend huwelijk van een hunner ouders voor de uit een vroegeren echt geborenen rechtens onverschillig is.

Anders wordt het evenwel, wat het tweede punt aangaat: juist voor te groote toegenegenheid van den her-

trouwde voor zijn of haar nieuwen [1]) echtgenoot, heeft de wetgever al vroegtijdig gevreesd en talrijk zijn dan de beperkende bepalingen, zoo ten aanzien van de persoonlijke verhouding, als inzonderheid ook wat de geldelijke belangen aangaat, door hem met het oog hierop vastgesteld, bepalingen van algemeene bekendheid, die wij in deze verhandeling veilig met stilzwijgen kunnen voorbijgaan.

Opmerking verdient het echter, dat in de meeste van die gevallen het speciaal de vrouw is, tegen wie de wetgever voorzieningen heeft getroffen, niet de man, waarschijnlijk daar hij vreesde dat een tweede of verder huwelijk van de eerste van nadeeliger invloed voor de voorkinderen zou zijn dan van den laatste, eene onderscheiding echter, zeer wel voor tegenspraak vatbaar en dan ook in de thans te behandelen artikels van het huwelijksvermogensrecht niet volgehouden.

2. Wat nu deze laatste betreft, ook het door hen uitgedrukt beginsel moet uit deze zelfde zorg van den wetgever zijn ontstaan. Eeuwenoud noemde ik het, omdat het, voor zoover na te sporen, het eerst werd belichaamd in den Romeinschen keizertijd der 5[e] eeuw, in eene Constitutie der Keizers LEO en ANTHEMIUS van het jaar 469, naar de beide beginwoorden „Hac edictali", ook als zoodanig bekend en door JUSTINIANUS in zijne Codificatie opgenomen als Lex 6 Codex Liber 5 Titel 9 de Secundis nuptiïs, gewijzigd door Lex 9 van dienzelfden Titel,

1) In het vervolg zal steeds van den nieuwen echtgenoot worden gesproken en niet van den tweeden echtgenoot, omdat het even goed een derde of nog verdere echtgenoot zijn kan.

bekend als de Lex Quoniam, en Lex 10: Quum apertissime, beide van het jaar 529, en vervolgens wederom in den ouden zin gewijzigd en nog nader geëmendeerd in de bekende Novella 22 van het jaar 535 Capita 27 en 28 [1]).

In de Lex Hac edictali 6. C. 5. 9. dan wordt bepaald, dat vader of moeder met kinderen, geboren uit een vroeger huwelijk, indien ze een tweede, derde of verder huwelijk aangaan, aan den nieuwen echtgenoot op geene der daar genoemde wijzen, en alle die denkbaar zijn vindt men daar opgesomd, meer van hunne zijde mogen doen toekomen, dan het minst genietende voorkind van hen verkrijgt, aldus evenwel, dat dit laatste altijd hebben moet het één vierde gedeelte van zijn erfdeel bij versterf, de toenmalige legitieme portie, waarbeneden dus hetgeen de nieuwe echtgenoot van den hertrouwde verkrijgt, ook niet behoeft te dalen.

Dit verbod wordt uitgebreid tot grootouders en overgrootouders ten opzichte van hunne kleinkinderen en achterkleinkinderen, dus feitelijk ten aanzien van alle afstammelingen van den hertrouwde. Hetgeen aan den nieuwen echtgenoot tegen het verbod in te veel is geschonken of vermaakt, komt, als ware daaromtrent niets bepaald, aan de voorkinderen toe, terwijl alle gefingeerde handelingen om aldus het verbod te ontduiken, ongeldig worden verklaard.

---

1) Ook het Romeinsche recht kende nog meerdere beperkende bepalingen ten aanzien van nieuwe echtgenooten. Men zie bv. Codex 5. 9. Lex 3 en het ten aanzien hiervan bij verscheidene schrijvers opgemerkte, inzonderheid o.a. Mr. H. J. Koenen, Praeadvies „Het Stiefouderdeel", Bijvoegsel van W. N. R. 1331 (Jaargang 1895), in de Historische Inleiding no. 2 e. v.

Aldus het oorspronkelijk beginsel, dat na ruim eene halve eeuw gegolden te hebben in het jaar 529 door JUSTINIANUS in zijne Lex Quoniam 9. C. 5. 9. in dezen zin werd gewijzigd, dat hetgeen de nieuwe echtgenoot meer verkreeg of verkrijgen zou dan geoorloofd was, voortaan niet alleen aan de voorkinderen maar aan alle kinderen, ook die uit het nieuwe huwelijk van den hertrouwde, zou ten goede komen om door hen bij hoofden, d. i. gelijkelijk te worden verdeeld, behoudens eene hier niet uitmakende daar bepaalde uitzondering.

In Lex 10 van denzelfden Titel eindelijk, de Lex Quum apertissime, bepaalde JUSTINIANUS, dat de ingrati liberi, die voorkinderen, van wie het duidelijk bewezen was, dat zij zich jegens hun vader of moeder misdragen hadden, alzoo onwaardig waren van dezen te erven, zich ook nooit ten nadeele van den nieuwen echtgenoot op de Lex Hac edictali zouden kunnen beroepen, hetgeen wederom werd uitgestrekt tot de kleinkinderen.

Hiermede waren de wijzigingen echter nog niet geeindigd. In het jaar 536 toch bepaalde JUSTINIANUS in de bekende 22e Novelle, die geheel aan het tweede huwelijk is gewijd, omtrent het onderhavige punt twee dingen, en wel in de Capita 27 en 28.

Caput 27, — de legitieme portie is hier reeds tot 1/3 of 1/2 gestegen, — bepaalt, dat wederom hersteld wordt het oorspronkelijk beginsel der Lex Hac edictali, dat hetgeen de nieuwe echtgenoot te veel krijgt, zal komen aan de voorkinderen alleen, niet ook aan de kinderen uit het nieuwe huwelijk; voorts dat de onwaardigen uitdrukkelijk worden uitgesloten, gelijk reeds bepaald was, en ten slotte,

dat bij vooroverlijden van voorkinderen het beginsel van plaatsvervulling gelden zal.

Caput 28 schrijft voor, dat ter beantwoording der tot dusverre open vraag, op welk tijdstip moet uitgemaakt worden, of en hoeveel de nieuwe echtgenoot boven de verboden maat geniet — het oogenblik van genieten of dat van ontbinding des huwelijks — moet aangenomen worden het tijdstip van overlijden van den hertrouwden echtgenoot, omdat vóór dien tijd niet met zekerheid is te zeggen, of de gestelde maat is overschreden; naar dat tijdstip dus moet het deel berekend worden — d. w. z. het aantal dan in leven zijnde kinderen bepaalt het kindsgedeelte, voor den nieuwen echtgenoot beschikbaar — en moet beoordeeld worden, of er een exces bestaat aan de zijde van den nieuwen echtgenoot en zoo ja, hoe groot, welk exces dan ingekort en aan de voorkinderen gegeven moet worden, terwijl men bij dit alles niet moet blijven stilstaan bij de van den aanvang afgedane schenkingen of schriftelijke toezeggingen, maar slechts op den genoemden einduitslag letten moet.

Aldus de voorschriften der wetgeving van JUSTINIANUS omtrent het beginsel in kwestie. Ik gaf opzettelijk den inhoud der wetten weer, omdat zij voor een juist inzicht in verscheidene vragen, die ons nog zullen bezighouden, te pas kunnen komen.

3. Met de overige Romeinsche wetten kwamen ook de bovengemelde in Frankrijk in het Zuiden, het pays de droit écrit, in zwang; in het Noordelijk gedeelte echter, het pays de droit coutumier, waar het Germaansche recht overheerschend was, dat zoodanige beginselen niet kende, konden zij niet algemeen wortel schieten.

Anders werd dit in 1560, toen naar aanleiding van een opzienbarend huwelijk, dat van ANNA D'ALEGRE, eene weduwe met zeven kinderen, die hertrouwde met GEORGES DE CLERMONT en dezen eene enorme huwelijksgift schonk, het noodig werd geacht aan zulke excessen voor het vervolg paal en perk te stellen, en daarom FRANS II op voordracht van zijn kanselier L'HÔPITAL, het bekende Edit des Secondes Nôces uitvaardigde, welks eerste gedeelte weder het aloude verbod bevatte, dat voortaan op geheel Frankrijk van toepassing zou zijn. Voor den tekst, die het mij overbodig schijnt hier te herhalen, verwijs ik o.a. naar POTHIER. [1]) Deze schrijver wijdt er, evenals meerderen onder zijne tijdgenooten of opvolgers, in verscheidene nos. eene uitgebreide bespreking aan, voor ons in zooverre van belang, daar zij de voornaamste bron was, waaruit de samenstellers van den Code Civil hebben geput, welks artikelen, schoon gewijzigd, weder in ons Burgerlijk Wetboek zijn terug te vinden. Het zou echter te ver voeren, omtrent hetgeen bij de oude Fransche schrijvers [2]) is uiteengezet, hier in bijzonderheden te treden. Toch stel ik mij voor, tot een helder inzicht in de historische wording onzer wetsbepalingen op dit stuk, hierop in verband met het in Frankrijk gevolgde stelsel, aanstonds nog nader terug te komen.

Wat het Traité du contrat de mariage van POTHIER

---

1) POTHIER, Traité du contrat de mariage no. 533.

2) Cf. ook RICARD, Dons I 3e Partie Chap. IX Glose I—IV pag. 699—736 en LEBRUN, Successions II Livre II Cap. VI Sect. I pag. 341—358. (Zie noot ad no. 3 Tweede Hoofdstuk.)

betreft, hiervan vindt men eene duidelijke samenvatting in de schets van Prof. HAMAKER: „Over bevoordeeling van den tweeden echtgenoot bij aanwezigheid van voorkinderen," [1]) terwijl daarin ook het verschil tusschen POTHIER en de nieuwere Fransche schrijvers aangetoond wordt. [2])

Op één punt, n.l. de toepasselijkheid van het in het Edit vervatte beginsel der Lex Hac edictali op huwelijksgemeenschappen, onder het Romeinsche recht geheel onbekend, dient in het vervolg nog bijzonder de aandacht te worden gevestigd.

4. Wat Duitschland betreft, met de receptie van het Romeinsche recht drong het beginsel ook daar door en heeft zich dan ook te zamen met dit recht in vele streken langen tijd staande gehouden. Maar sinds onderscheidene voorname wetboeken, o. a. het Algemeen Landrecht der Pruisische Staten, het Oostenrijksche en het Saksische Wetboek en nu laatstelijk het Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk het, als niet meer strookend met het Duitsche rechtsbewustzijn [3]), hebben afgeschaft, heeft de huidige toestand aldaar voor onze bespreking geene waarde meer en kunnen we dit land dus den rug toekeeren om liever een oogenblik te verwijlen in ons eigen vaderland, dat met zijne eigenaardige rechtstoestanden gedurende de Middeleeuwen en de Republiek ook in dezen wel de aandacht waardig is.

---

1) In W. N. R. 1895, 1333 e. v. Zie speciaal no. 1334.

2) T.a.p. no. 1335.

3) Zie Motive IV bl. 559 e. v. en MUGDAN IV bl. 289.

Het staat vast, dat de Lex Hac edictali hier in elk geval in de 16e eeuw was gerecipiëerd, wellicht ook reeds vroeger. Alleen in Gelderland schijnt het beginsel niet gegolden te hebben. Overigens werd het ruim toegepast, d. w. z. op alle soorten van bevoordeeling, schenking of uiterste wilsbeschikking. Al onze bekende juristen uit dien tijd wijdden er dan ook hunne aandacht aan, zooals VOET [1]), VAN BIJNKERSHOEK [2]), ook HUGO DE GROOT [3]) en zoovele anderen.

5. Eén punt baarde den rechtsgeleerden voornamelijk moeite, gelijk het dit is blijven doen en feitelijk nog doet, n.l. de toepassing van het beginsel ingeval van huwelijk in gemeenschap van goederen aangegaan. In het Romeinsche recht toch was deze ten eenenmale onbekend: de vermogens der echtgenooten werden daar niet tot één geheel vermengd, maar ieder behield het zijne behoudens natuurlijk de wijzigingen, die daarin door de handelingen der echtgenooten vóór de huwelijksvoltrekking ten opzichte van elkander plachten gebracht te worden door de elkaar besproken voordeelen, als de dos ten behoeve van den man, de donatio ante nuptias ten bate der vrouw, terwijl in sommige gevallen zelfs schenkingen, staande huwelijk gedaan, nog bekrachtigd werden. Vandaar dan ook, dat onder het zeer uitgebreide verbod der Lex Hac edictali eigenlijk niet anders dan schenkingen of testamentaire

---

1) VOET, Commentarius ad Pandectas de ritu nuptiarum XXIII 2.

2) VAN BIJNKERSHOEK, QUAEST. Jur. Priv. II Cap. 2.

3) DE GROOT, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid II no. 11 en anderen.

beschikkingen vielen, terwijl zclfs het Edit des Secondes Nôces geredigeerd was in denzelfden geest, hoewel in Frankrijk, waar, zij het dan ook niet zoo algemeen als hier, toch ook de huwelijksgemeenschap gold, dezelfde vraag zich voordeed. Want het beginsel, tot dusverre betrekkelijk eenvoudig en afdoende geregeld, stuitte nu op een toestand, waarvoor het oorspronkelijk niet in het leven was geroepen, maar die, ofschoon echt nationaal en overoud als hij was, en dus niet gemakkelijk tot wijken bereid, toch ten slotte zich ook soms aan den oorspronkelijk uitheemschen rechtsregel zou moeten onderwerpen. De vraag nu, òf en hoe deze vreemde loot op den inheemschen stam zou worden geënt, gaf ruime stof tot gedachtenwisseling en verschil van gevoelen, aanvankelijk wat betreft het feit der toepassing zelf, thans nu het beginsel is aanvaard, vooral wat aangaat de consequentiën daarvan. Op dit laatste kom ik ter bestemder plaatse nader terug. Wat echter het eerste betreft, langen tijd aarzelde men ten onzent het beginsel ook toepasselijk te verklaren, indien een nieuw huwelijk in gemeenschap van goederen aangegaan door iemand, die voorkinderen uit een vroegeren echt bezat, . aan den nieuwen echtgenoot voordeel aanbracht, en wel meer voordeel dan die krachtens het beginsel uit het vermogen van den hertrouwde zou mogen ontvangen, indien hetzelfde bedrag b.v. geschonken ware. Men overwoog, dat het beginsel blijkens zijn oorsprong en inhoud gericht was tegen *daden* van bovenmatige bevoordeeling van den hertrouwden echtgenoot uitgegaan, terwijl men thans stond voor eene bevoordeeling, uit de wet zelve ontstaande, die immers het huwelijk in gemeen-

schap van goederen als den normalen toestand aannam [1]).

Vooral in Holland had die bedenking gewicht: daar toch, zoowel als in Zeeland, had het Romeinsche recht bovendien in zooverre minder kracht dan elders, dat het slechts aanvullend was en dus, wilde het gelden, eerst het ontbreken van het inheemsche recht moest blijken, terwijl dit punt, de wettelijke algeheele gemeenschap van goederen en bij hare ontbinding de verdeeling bij helfte, volledig was geregeld. Daar men echter begreep, dat, als men hier het beginsel geheel wegcijferde, er in vele gevallen eene onbillijkheid zou ontstaan, die men daardoor steeds had beoogd te voorkomen, ging men, aan het bovenstaande streng vasthoudend, in dat gewest onderscheiden tusschen de statutaire of wettelijke gemeenschap, waarop men het beginsel niet, en de conventioneele gemeenschap, vóór het aangaan des huwelijks uitdrukkelijk bedongen en geregeld, waarop men het wel toepasselijk verklaarde [2]), een half stelsel natuurlijk, welks inconsequentie dan ook heftige tegenspraak ontmoette en in de andere gewesten geen weerklank vond.

---

1) Inzonderheid de oud-Fransche schrijvers voeren, waar zij de toepasselijkheid van het beginsel op de huwelijksgemeenschap bepleiten, aan, dat men door te huwen in de wettelijke gemeenschap toch ook eene daad van bevoordeeling verrichtte, daar men die door huwelijksvoorwaarden te maken, had kunnen ontgaan; m. i. gaat deze uitlegging van het overigens goede beginsel wel wat ver.

2) Cf. Voet t. a. p. nos. 122 en 123 en de Groot t. a. p. no. 12 die het uitdrukt: „Staet te letten, dat man of wijf huwelijck aangaende met een weduwnaer ofte weduwe die voorkinderen heeft, wel vermag te blijven op de gemeenschap van goederen geen huwelijksche voorwaerden maekende, maar deselve maekende mag daer niet meer uit sijn Echtgenootsgoed

In Friesland, waar het Romeinsche recht meer kracht bezat [1]), deed zich de vraag niet voor, omdat hier de algeheele gemeenschap onbekend, die van winst en verlies daarentegen regel was en — dit kan reeds hier worden opgemerkt — het beginsel der Lex Hac edictali, noch ergens ten onzent noch blijkens de oud-Fransche schrijvers in Frankrijk, ooit op gedurende het nieuwe huwelijk ontstane winst of verlies is toegepast, op welke wijze de huwelijksgemeenschap dan ook was samengesteld. Wat de reden van dit alleszins juiste beginsel was, hoop ik in een der volgende Hoofdstukken bij de bespreking der artikels van ons Burgerlijk Wetboek nader te ontvouwen.

In Utrecht daarentegen, waar wel de gemeenschap van goederen bekend was, handelde men logischer dan in Holland en Zeeland. Hier toch werd het beginsel ook op de huwelijksgemeenschap in den uitgebreidsten zin toepasselijk verklaard [2]), bij plakkaat van 1659, art. 10 der Costumen, in dat jaar opgesteld door ABRAHAM VAN WESEL:

„Dat Man of Vrouw komende te trouwen een weduwe of weduwenaer, voorkinderen hebbende, van denselven uit krachte van statutaire of consuetudinaire gemeenschap, houwelijckxse voorwaerde, gifte ofte make of van eenige andere wijse, niet meerder en sal mogen genieten als een kindsgedeelte, of in cas van veel kinderen, als de portie

---

bedingen als een kindsgedeelte, 'twelk te verstaen is van sulx als in de verhandeling van uiterste willen sal worden geseijd."

1) Cf. HUBER, Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid II 47.

2) Cf. VOET t. a. p. no. 123.

van 't kindt, minst genietende, bedraegt, wel verstaende dat geen legitime voor afgetoghen sal worden."

6. Ten slotte dient hier nog te worden opgemerkt, dat, nu in het huwelijk gemeenschap van goederen gold, eene dubbele bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot denkbaar was, op twee verschillende wijzen, door huwelijksgemeenschap en door erfenis of schenking, één van beide of soms zelfs beide onderworpen aan de maat, door het beginsel der Lex Hac edictali gesteld, zoodat dit aldus toch illusoir werd gemaakt. Destijds echter schijnt men daarvan niet sterk doordrongen te zijn geweest en was niet zoo consequent, ingevolge het uitgebreid gestelde verbod bevoordeeling, uit welken hoofde dan ook, tot de bepaalde grens slechts eenmaal toe te laten.

Het was wederom alleen Utrecht, waar naast de beperking der bevoordeeling door huwelijksgemeenschap bepaald was, dat de nieuwe echtgenoot daarboven van den hertrouwde slechts zou mogen ontvangen een legaat van vruchtgebruik, in waarde gelijkstaande met het minste kindsgedeelte, hetgeen berekend moest worden volgens Lex 68 Digesten 35. 2. [1])

Aldus kwam dit laatste gewest de oorspronkelijke bepaling en ook onze tegenwoordige regeling, gelijk ik hoop aan te toonen, het meest nabij.

7. Wat de verdere geschiedenis dezer materie ten onzent betreft, het eerst kwam in het bovenstaande verandering

---

1) Cf. de uiteenzetting van het Oud-Vaderlandsch recht bij Mr. C. J. M. Wilde, „De Lex Hac edictali in het Roomsch-Hollandsch recht in Transvaal" in Rechtsg. Mag. 1901 Afl. 4 bl. 360 Noot.

door het Wetboek van 1809, dat met voorbijgang van wat voorheen in Holland en Utrecht had gegolden, in art. 208 bepaalde: „Een man of vrouw; trouwende een weduwe of weduwnaar voorkinderen hebbende, zal van dezelve op geenerhande wijze, *uitgenomen door het invoeren der gemeenschap van goederen of van winst en verlies*, meerder mogen bevoordeeld worden dan met een kindsgedeelte, gerekend naar het aantal der kinderen of verdere afkomelingen bij representatie, die op het overlijden van dien hertrouwenden vader of moeder in leven bevonden worden."

Toepasselijkheid van het aloude beginsel dus, maar uitdrukkelijke uitzondering voor gemeenschap van goederen of van winst en verlies. Bovendien was bepaald in art. 209, dat hetgeen als te veel gemaakt werd ingekort, enkel den voorkinderen, niet ook den kinderen uit het tweede huwelijk zou ten goede komen, gelijk het oorspronkelijk en later weder hersteld beginsel der Lex Hac edictali.

Nog geen twee jaar later echter moest dit eerste Nationale Wetboek plaats maken voor den Franschen Code Civil, die nu geruimen tijd ten onzent dit onderwerp beheerschte. Ook bij dezen hebben wij dus enkele oogenblikken stil te staan.

Zich aansluitend aan het recht, dat vóór de revolutie in Frankrijk gold, nam ook hij het beginsel der Lex Hac edictali over. Aanvankelijk werd in den Conseil d'Etat voorgesteld, dat ingeval van een opvolgend huwelijk de nieuwe echtgenoot van den hertrouwde slechts zou kunnen ontvangen een kindsdeel in vruchtgebruik. Dit werd echter niet aangenomen. De behandeling in den Franschen Staatsraad had echter tot

vrucht ééne bepaling, tot dusver onbekend, n.l. dat het gedeelte voor den nieuwen echtgenoot nooit meer zou mogen bedragen dan een vierde gedeelte der goederen van den hertrouwde, ook al had deze in het geheel b.v. maar één of twee kinderen nagelaten, zoodat men, door volgens de gewone, reeds van oudsher gevolgde methode den nieuwen echtgenoot hier als kind mede te tellen, aan dezen, zonder de geoorloofde grens te overschrijden, de helft of een derde zou kunnen toekennen. Reden tot het stellen van deze, den 27 Ventôse an XI op voorstel van den staatsraad BERLIER aangenomen, nieuwe beperking, was blijkens diens eigen verklaring niet anders dan te voorkomen, dat de nieuwe echtgenoot een te belangrijk deel van des hertrouwden vermogen ontving; overigens was deze bijvoeging èn ongemotiveerd èn onvoldoende, daar immers de legitieme portie der voorkinderen in dit geval onveranderd bleef en dus aan den nieuwen echtgenoot in vele gevallen een nog grooter bedrag dan vroeger werd onthouden, dat aan een vreemde kon ten goede komen. Vandaar dan ook bij de schrijvers somwijlen weerspraak, doch de bepaling is aldus gehandhaafd gebleven.

8. Uit belangrijker oogpunt evenwel trekt de Code onze aandacht: ik bedoel, wat betreft de wijze, waarop ons beginsel daar geregeld is. Anders toch dan bij ons treft men er drie, in verschillende titels van het Derde Boek geplaatste, maar toch blijkens de redactie met elkander in onafscheidelijk verband staande, artikels aan, n.l. art. 1098 in den Titel Des Donations et Testamens Chap. IX, art. 1496 in dien Du Contrat de Mariage et des Droits respectifs des Epoux, Chap. III: Du Régime en Com-

munauté I^re^. Partie. De la Communauté légale, en art. 1527 in dienzelfden Titel, II^e^ Partie. De la Communauté Conventionelle etc.

Wanneer men nu nagaat, dat de beide laatste artikels naar de beperking, door het eerste gesteld, verwijzen, dan kan men daaruit alleen reeds, door te letten op de aangehaalde opschriften der Titels, het systeem van den Code in dezen opmaken, te weten eene algemeene hoofdbepaling, die het oorspronkelijk verbod met een algemeenen term overneemt en daaronder dus alle soorten van bevoordeeling om niet samenvat: aldus art. 1098; dan toepasselijkverklaring van het bepaalde bij dit artikel op bevoordeeling door de wettelijke huwelijksgemeenschap van den Code, d. i. die van roerende goederen en schulden, hetgeen evenwel aldus wordt uitgedrukt, dat de kinderen uit het eerste bed van den hertrouwden echtgenoot de actie tot inkorting zullen hebben: aldus art. 1496; en eindelijk dezelfde toepasselijkverklaring op conventioneele gemeenschap, maar met andere termen dan in het voorgaande geval, n.l. dat iedere overeenkomst, tengevolge hebbende eene bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot boven de in art. 1098 gestelde grens, voor dat meerdere niet van kracht zal zijn: aldus art. 1527 al. 3. Bovendien wordt hier uitdrukkelijk geleerd, hetgeen trouwens reeds van ouds èn in Frankrijk èn, zooals boven werd medegedeeld, ook ten onzent, zonder tegenspraak steeds was aangenomen, dat de zuivere baten van ieders arbeid en van hetgeen op ieders inkomsten, ofschoon ongelijk, bespaard is, niet worden geacht onder de beperkende bepaling begrepen te zijn.

Wat het zooeven aangestipte verschil in redactie aangaat tusschen de artt. 1496 en 1527 al. 3, dit zal ook later nog ter sprake komen. Wellicht echter is het hier reeds de plaats voor eene andere opmerking naar aanleiding van het feit, dat alvorens deze beide artikels zijn genoemd, gesproken werd van bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot, waar zij zelve spreken van bevoordeeling van een der echtgenooten en art. 1496 uitdrukkelijk ook het geval onderstelt, dat beiden kinderen uit vroegere huwelijken hebben. Ik bedoel hier de toepassing van het beginsel bij huwelijksgemeenschap, indien beide echtgenooten, voorkinderen hebbende, hertrouwen. Men zal dan als den nieuwen echtgenoot, tegen wien het verbod is gericht, moeten beschouwen diengene der echtgenooten, die zoo veel minder dan de andere ten huwelijk aanbracht, dat de huwelijksgemeenschap hem bovenmatig bevoordeelen zou [1]).

Al wordt dit nergens met zoovele woorden uitgesproken, het volgt natuurlijk uit den aard der zaak. Buiten gemeenschap, dus ten aanzien van schenking of testamentaire bevoordeeling, zullen de echtgenooten dan wederkeerig elkanders nieuwe echtgenooten zijn en zal ten aanzien van beiden de beperking gelden, terwijl wederzijdsche liberaliteiten in compensatie kunnen worden gebracht, want op het eindresultaat der bevoordeeling komt het ten slotte aan.

In verband met het zooeven gezegde zijn de woorden „een der echtgenooten" dus zeer goed verklaarbaar.

Om den inhoud der aangehaalde Codeartikels dus nog

---

1) In anderen zin, n.l. dat in dit geval van den geheelen regel geen sprake kan zijn, m. i. ten onrechte Mr. Ridder de van der Schueren in Nieuwe Bijdragen van R. en W. 1877 blz. 229 e. v.

kort te resumeeren: de aloude beperking wordt er voor alle liberaliteiten van den hertrouwden tegenover den nieuwen echtgenoot toegepast, maar wijl huwen in gemeenschap van goederen — hetzij dan wettelijke of bedongene — niet als een contract om niet, maar als een onder bezwarenden titel te beschouwen is, hetgeen de meest gezaghebbende schrijvers over den Code Civil ook moeten toegeven, [1]) zou deze wijze, waarop de nieuwe echtgenoot een bovenmatig voordeel zou verwerven, aan de beperking ontsnappen, en vandaar twee speciale bepalingen om ook haar er aan te onderwerpen, maar, en hierop moet de nadruk gelegd worden, want steeds is het door de interpretatoren van den Code aldus opgevat: art. 1098, — beperking van schenking of uiterste wilsbeschikking, die onvermijdelijk pas bij den dood van den hertrouwden echtgenoot ter sprake kan komen, — bleef hoofdzaak en uitgangspunt en de beperking van bevoordeeling door huwelijksgemeenschap was hieraan gesubordineerd. Ik vermeld deze bijzonderheid uitdrukkelijk, omdat zij tot een juist inzicht in de beteekenis van onze artikels van groot belang is en dan ook nog nader ter sprake zal komen.

Hiermede meen ik in dit historisch overzicht voor den Code Civil te kunnen volstaan.

9. Thans rest mij echter nog op de totstandkoming der reeds genoemde artikels van ons tegenwoordig Burgerlijk Wetboek den blik te slaan, omdat ook op deze wijze hierover nog licht kan worden verspreid.

Bekend is, dat toen men na het herstel onzer onaf-

1) Cf. bv. LAURENT XXIII no. 403.

hankelijkheid weder de Codificatie ter hand nam, vooral aansluiting werd beoogd bij het oude inheemsche recht, waarvan het Ontwerp van 1820, dat van KEMPER, dan ook ruimschoots de sporen vertoont. Zoo werd, ofschoon het beperkend beginsel in het algemeen werd aanvaard, in art. 419 bepaald: „Het trouwen in gemeenschap van goederen of van winst en verlies, of het uitsluiten van deze gemeenschap bij huwelijksvoorwaarden is onder de verbodene bevoordeelingen niet begrepen." Maar terecht zag men in, dat aldus het verbod van het daaraan even voorafgaande art. 417 zou worden illusoir gemaakt en vandaar dan ook bij de beraadslaging over het Ontwerp in verschillende afdeelingen der Tweede Kamer aanmerkingen hiertegen [1]), die alle hierop nederkwamen, dat men ook op dit punt meer aansluiting wenschte bij het Fransche recht met zijne bepalingen als artt. 1496 of 1527 van den Code Civil.

Om hieraan tegemoet te komen, diende de Regeering den 22en Maart 1822 een nieuw Wetsontwerp in betrekkelijk de regeling van het vermogensrecht bij tweede of verder huwelijk, vier artikels bevattend, waarvan het eerste inhield de beperking voor het geval van bevoordeeling bij huwelijksvoorwaarden: „De man of vrouw, die kinderen of kleinkinderen hebbende uit een eerder bed, een tweede of volgend huwelijk aangaat, zal aan deszelfs nieuwen echtgenoot bij huwelijksche voorwaarden, niet meer mogen geven dan het minste gedeelte, hetwelk een der wettige kinderen geniet, en zonder dat

1) Cf. VOORDUIN II bl. 412 e. v. NOORDZIEK 1821—1822 II bl. 204 e. v.

in eenig geval die giften het vierde gedeelte van den boedel mogen te boven gaan,"

Het tweede en derde artikel van dit Wetsontwerp dienden [1]) om ontduiking door zijdelingsche wegen tegen te gaan, terwijl er als nieuwe bepaling een vierde artikel in voorkwam, luidende: „Indien in het geval der wettelijke gemeenschap de vermenging der roerende goederen en schulden ten behoeve van een der beide echtgenooten eenig meerder voordeel opbrengt dan volgens art. 1 van dezen titel geoorloofd is, hebben de kinderen van het eerste bed van den anderen echtgenoot ten tijde van het openvallen der nalatenschap van den laatstgemelden echtgenoot eene regtsvordering tot inkorting of vermindering en zal het alzoo ingekort gedeelte in die nalatenschap vallen [2]).

Naar aanleiding van het in de Tweede Kamer gedaan verzoek dit laatste artikel ook tot conventioneele gemeenschap uit te strekken, werd de redactie van het Ontwerp aldus veranderd, dat in artikel 4 voor „der wettelijke gemeenschap" werd gelezen „van eenige gemeenschap". Aldus werd dit Ontwerp den 9[en] Juli 1822 in de Tweede Kamer aangenomen en werd de wet van 2 Augustus 1822 S. B. 27, na eene bekende rede van den Heer NICOLAÏ, aangehaald bij VOORDUIN [3]) en NOORDZIEK [4]), waarin de oorsprong van het beginsel der Lex Hac edictali, zooals dit is overgegaan in het Edit des Secondes Nôces en den

1) De beperking voor het geval van bevoordeeling bij testament was naar het erfrecht verplaatst.

2) Aldus aangenomen het beginsel der Lex Quoniam in tegenstelling met dat der oorspronkelijke Lex Hac edictali van Nov. 22 Cap. 27.

3) VOORDUIN t. a. p. bl. 418 e. v.

4) NOORDZIEK 1821—1822 I bl. 318.

Code Civil, waartoe het bestaan van voorkinderen bij den dood van den hertrouwden echtgenoot vereischte is, werd uiteengezet, en het beperkend beginsel werd aangetoond ook op huwelijksgemeenschap te slaan: „Dans le cas d'un second mariage cet avantage sera sujet à la réduction s'il existe des enfants d'un mariage précédent, et les objets retranchés seront compris dans la succession du père commun."

Nog één punt dient in deze rede, die het cachet draagt eener officiëele wetsinterpretatie, te worden vermeld, ofschoon het in het volgend Hoofdstuk nader ter sprake zal komen, n.l. dat slechts eenmaal, uit welken hoofde dan ook, een beschikbaar gedeelte aan een nieuwen echtgenoot mag te beurt vallen, zoodat, voorzoover de tweede dit reeds ontvangen heeft, de derde niets meer ontvangen kan.

Met het Ontwerp van 1822 was men dus feitelijk weder tot het stelsel van den Code teruggekeerd. Art. 1 toch correspondeerde ongeveer met de hoofdbepaling van den Code, art. 1098, artt. 2 en 3 stemden overeen resp. met artt. 1099 en 1100, art. 4 verving artt. 1496 en 1527 al. 3 C.C., terwijl voor art. 1098, voorzoover testamentaire bevoordeelingen aangaat, elders een correspondeerend artikel te vinden was in het Ontwerp van 24 October 1824. Opgemerkt moet voorts worden, dat in het Ontwerp door art. 4, dat de beperking bevatte ingeval van huwelijksgemeenschap, niet werd verwezen naar dit laatste artikel, maar naar art. 1, de beperkte bevoordeeling bij huwelijksvoorwaarden; het ééne algemeene uitgangspunt, gelijk dat in den Code te vinden was, werd dus hier reeds gemist.

10. Toen in het Wetboek van 1830 alle losse Wets-

ontwerpen tot één geheel waren samengevoegd, werd het juist besprokene de Tiende Titel van het Eerste Boek, artt. 309 - 312.

Bij de herziening echter van het Burgerlijk Wetboek, in de volgende jaren ondernomen en grootendeels uitgaande van den toenmaligen Minister VAN MAANEN, werd zonder nadere motiveering in Februari 1832 een Ontwerp tot wijziging van Titel 10 Boek I van het Wetboek van 1830 ingediend, waarin de artikels werden omgezet en twee nieuwe er aan werden toegevoegd. Allereerst toch werd nu bij wijze van entrée en matière uitdrukkelijk bepaald, waarover men het vroeger toch reeds stilzwijgend eens was, dat ook in tweede en verder huwelijk, behoudens tegenbeding bij huwelijksvoorwaarden, algeheele gemeenschap van goederen zou bestaan. Vervolgens werd in art. 2 de toepassing in geval van huwelijksgemeenschap opgenomen en deze bepaling, die men dus waarschijnlijk de voornaamste achtte, voorop geplaatst; bovendien werd ook hier de redactie veranderd, want waar vroeger, indien er bovenmatige bevoordeeling was, eene actie tot inkorting werd toegekend, wordt nu aangevangen met een verbod, dat terzelfder plaatse nauwkeurig wordt omschreven, gelijk vroeger in het artikel, dat op de bevoordeeling bij huwelijksvoorwaarden sloeg, terwijl er in eene tweede alinea van de actie tot inkorting sprake is.

Zonder nadere opmerkingen werd deze gewijzigde bepaling in de Tweede Kamer aanvaard. De bedenkingen, die nog werden aangevoerd, betroffen slechts ondergeschikte punten. Zoo werd de uitdrukking „eerder huwelijk" er door veranderd in „vroeger huwelijk", evenals in de tweede alinea „het alzoo ingekort gedeelte" in „hetgeen het ge-

oorloofd gedeelte te boven gaat", wat aldus met het oog op de inkorting logischer was uitgedrukt. Eéne afdeeling wilde in het slot der eerste alinea liever lezen: „een vierde der goederen" dan „des boedels", „daar er in dit geval geschil is over de aangebrachte goederen van den vader of de moeder, die voorkinderen hebben" [1]), doch hierop ging men niet in, evenmin als op den wensch eener andere afdeeling, dat om eene behoorlijke naleving van dit artikel te verzekeren [2]), het opmaken van een inventaris bij het aangaan van een tweede of verder huwelijk verplichtend behoorde te worden gesteld [3]).

Artikel 3 van het nieuwe Wetsontwerp bevatte nu het verbod in geval van huwelijksvoorwaarden, gelijk het reeds in 1822 was aangenomen, maar nog iets gewijzigd en verkort, zoodat het nu geheel ging verwijzen naar het onmiddellijk voorafgaand artikel.

De artikels 4 en 5 bevatten wederom verbod van bevoordeeling door zijdelingsche wegen, terwijl als slotbepaling was opgenomen een artikel 6, tot dusver onbekend, voorschrijvende, dat ook als er kinderen zijn uit een vroeger huwelijk, winst en verlies gelijkelijk moeten worden verdeeld, behoudens tegenbeding bij huwelijksvoorwaarden. Dit artikel, nagenoeg conform aan het slot van art. 1527 van den Code, is terecht van meer dan éene zijde overbodig geacht, zoo op historische gronden als inzonderheid door de woorden van het zooeven besproken art. 2 van

1) VOORDUIN II bl. 415.

2) Ook KEMPER had zich reeds in 1822 tegen de regeling in geval van tweede huwelijk verklaard met het oog op het bewijs: NOORDZIEK t. a. p. I bl. 323.

3) Zie voor de redenen van weigering der Regeering: VOORDUIN t. a. p. bl. 416.

dit Ontwerp (conform ons tegenwoordig art. 236), terwijl het door zijne vage en duistere redactie, gelijk ik nog hoop aan te toonen, meermalen tot misverstand heeft aanleiding gegeven.

Behoudens het bovengemelde werd het Wetsontwerp van Februari 1832 nu door de beide Kamers met algemeene stemmen aangenomen en tot wet verheven den 16en Juni 1832, S. B. 32, om in het Burgerlijk Wetboek van 1838 te worden geplaatst als de Negende Titel van het Eerste Boek, artt. 235—240, gelijk die thans nog luiden.

In dit Wetboek bleef voorts gehandhaafd de verbodsbepaling bij erfstelling, reeds opgenomen in het Ontwerp van 24 October 1824: thans art. 949, Titel XII Boek II, om, gelijk de Regeering in 1824 te kennen gaf, te beletten, dat ingeval van tweede huwelijk de eene echtgenoot den anderen meer bevoordeele bij testament dan *geoorloofd zou zijn* [1]) bij huwelijksvoorwaarden.

Op deze wijze is dus ook in ons huidig Burgerlijk Wetboek het onderwerp weer zoo goed als volledig geregeld, anders evenwel dan in den Code, met zijn reeds vermeld systeem, daar bij ons vooropstaat eene bepaling, de huwelijksgemeenschap betreffende en tevens als uitgangspunt dienend voor die, welke slaat op huwelijksvoorwaarden, terwijl geheel afzonderlijk voorkomt eene bepaling omtrent beschikking bij testament, waarin met geen enkel woord naar de voorgaande verwezen wordt. Dit verschil in inkleeding van de wet kan echter beter in een volgend Hoofdstuk besproken worden.

---

1) Voorduin IV bl. 87.

TWEEDE HOOFDSTUK.

# Het Beginsel der Lex Hac edictali en zijne ontwikkeling in Frankrijk.

---

1. Wanneer men L. 6 Princ. Cod. 5. 9, de oorspronkelijke Lex Hac edictali, en de bevestiging daarvan in Novella 22 Caput 27 opslaat, ziet men, dat deze zijn opgesteld in den vorm van een verbod aan den hertrouwden echtgenoot, aan den nieuwen echtgenoot meer te doen toekomen dan een bedrag, gelijk aan hetgeen het minst genietende der voorkinderen van hem ontvangt.

Hoedanig was nu de aard van dit verbod en wat waren de gevolgen van overtreding daarvan?

Men late zich toch hier niet op een dwaalspoor brengen.

Wel zegt de zooeven genoemde Lex 6 Princ. aan het slot, dat wat aan den nieuwen echtgenoot meer is vermaakt of gegeven, evenals of het niet vermaakt of gegeven ware, aan de voorkinderen ten goede komt, waaruit men zou kunnen afleiden, dat eene overmatige beschikking ten behoeve van den nieuwen echtgenoot in zooverre voor niet geschreven wordt gehouden en dus als nietig beschouwd, maar toch schijnt dit inderdaad niet de bedoeling geweest te zijn.

Reeds zegt Lex 9 van denzelfden Titel, de Lex Quoniam, dat hetgeen waarover te veel is beschikt, als „revocata" d. i. herroepen of ingekort, aan de voorkinderen ten goede komt, en nog duidelijker blijkt de bedoeling van den Romeinschen wetgever in Caput 28 der 22e Novelle, dat voor de juiste toepassing van het beginsel als uitgangspunt moet worden beschouwd.

Hier toch wordt eenvoudig overwogen, dat in de vroegere wetten aangaande dit onderwerp niet duidelijk is omschreven, wanneer men moet constateeren, of de nieuwe echtgenoot te veel zou genieten, want meerdere tijdstippen zouden hier als uitgangspunt kunnen gelden, b.v. het oogenblik, waarop hij van den hertrouwde eene schenking ontvangt of wel dat der ontbinding des huwelijks. Beslist wordt echter, dat slechts één tijdstip in staat stelt hier een juist oordeel te vellen, en wel dat van het overlijden van den hertrouwden echtgenoot. Vóór dien tijd toch kan niet met zekerheid gezegd worden, of de hertrouwde echtgenoot zijn nieuwen echtgenoot al of niet te veel bevoordeeld heeft, want allerlei voorvallen kunnen er de oorzaak van zijn, dat de vraag, of al dan niet eene te groote bevoordeeling plaatshad, ten slotte juist andersom beantwoord wordt dan men aanvankelijk bij het doen der schenking of het nederschrijven der uiterste wilsbeschikking zou denken.

Daarom moet om niet te dwalen slechts naar dit tijdstip beoordeeld worden, hoe groot het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd aandeel is. Hiermede wordt dan vergeleken het bedrag van wat hij reeds heeft ontvangen of zou genieten, en hetgeen dit laatste meer blijkt te

zijn, wordt dan op hem ingekort en aan de kinderen gegeven. Ter bepaling van wat de nieuwe echtgenoot genieten mag, komt het dus niet op het tijdstip der bevoordeeling zelve aan, maar slechts op de einduitkomst, die eerst vaststaat bij des hertrouwden overlijden. Aldus Caput 28 der 22e Novelle. Reeds in het vorig Hoofdstuk, bij het overzicht der Romeinsche wetgeving, werd op deze plaatsen gewezen. Toch achtte ik eene meer uitgebreide herhaling hier gerechtvaardigd, omdat zij inderdaad als het uitgangspunt te beschouwen is, vanwaaruit het beginsel zich verder ontwikkeld heeft. Daarom is het een eerste vereischte het stelsel van den oorspronkelijken wetgever goed in het oog te houden, hetgeen dus blijkens de juist aangehaalde plaatsen hierop nederkomt, dat hij geene nietigheid bedreigde tegen daden van bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot door den hertrouwde, in strijd met het door hem gesteld verbod, doch de nakoming van zijn voorschrift wilde verzekeren door eene inkorting van hetgeen aldus te veel was geschonken of vermaakt en deze eerst bij het overlijden van den hertrouwden eehtgenoot.

2. Men kan dit uitdrukken aldus, dat het voorschrift eene repressieve werking heeft: eerst ex post facto wordt beslist, of de gestelde beperking is overschreden en, zoo ja, het middel verschaft daartegen op te komen, in tegenstelling met eene preventieve werking, die bij elke daad van bevoordeeling aanstonds zou moeten doen constateeren, of de geoorloofde grenzen ook waren overschreden om, is dit het geval, daarvan terstond redres toe te staan. Dat dit laatste echter in den grond eigenlijk onmo-

gelijk is en practisch onoverkomelijke moeielijkheden zou met zich brengen, ligt voor de hand en dit wel om de redenen, reeds zoo juist gevoeld en uitgedrukt door JUSTINIANUS in het zooeven geciteerde Caput 28 der 22$^e$ Novelle.

Immers eerst bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot is met zekerheid te zeggen, hoeveel het minst begunstigde der voorkinderen van hem geniet: vóór dien tijd hebben dezen, behoudens wellicht eene schenking, niets van hem ontvangen en is het in elk geval onzeker, hoeveel dit genot eenmaal bedragen zal. Dit is en blijft voorloopig nog eene open kwestie, wier beantwoording afhankelijk is van allerlei onzekere gebeurtenissen: vooroverlijden van voorkinderen of eveneens van kinderen uit het nieuwe huwelijk van den hertrouwde, waardoor dus het erfdeel der overblijvenden vergroot wordt; geboren worden van kinderen uit het nieuwe huwelijk, waardoor dit omgekeerd wordt ingekrompen, daar ook dezen gelijkelijk medeërven; verder testamentaire beschikkingen van den hertrouwden echtgenoot, waardoor wellicht een der voorkinderen bij de anderen is achtergesteld, iets wat eerst bij het overlijden van den hertrouwde vaststaat; voorts het niet willen of niet mogen genieten door een of meer der kinderen, want reeds in Lex 10 Codex 5. 10, bevestigd door Caput 27 in fine der 22$^e$ Novelle, wordt aan onwaardige kinderen alle genot krachtens deze inkorting ontzegd. Ten slotte kunnen ook, wat het vermogen van den hertrouwden echtgenoot betreft, nog allerlei wijzigingen plaats hebben, daar tot zijn dood toe dit vermogen nog op verschillende wijzen vermeerderen of verminderen kan, waarop b. v. ook rijzing

of daling van de waarde van goederen invloed kan oefenen, zoodat wat op het eene oogenblik aan den nieuwen echtgenoot te veel zou blijken te zijn geschonken, op een ander oogenblik weer niet te veel zou blijken te zijn geweest, en omgekeerd.

Bij des hertrouwden overlijden, als ieder tot het zijne komt, is dus uit te maken, of de nieuwe echtgenoot, alles te zamen gerekend, meer waarde genoot dan een der voorkinderen.

Blijkt dit, de toestand, zooals die dan is, tot maatstaf genomen, inderdaad het geval te zijn, dan moet aan den nieuwen echtgenoot hetgeen deze te veel geniet of genoten heeft, ontnomen en aan de voorkinderen toegewezen worden, het laatste krachtens Caput 28 der 22e Novelle, waardoor in afwijking van de Lex Quoniam weder de oorspronkelijke bepaling werd hersteld.

Het komt dus ten slotte hierop neder, dat men moet letten op het eindresultaat, d. w. z.: Men vrage zich met volkomen terzijdestelling van vroegere toestanden of gebeurtenissen, die nu als interimair vervallen zijn, af: Hoe groot is het voordeel, dat aan den nieuwen echtgenoot had mogen opkomen, indien deze eerst bevoordeeld ware bij des hertrouwden overlijden, nu er zóóvele kinderen van dezen in leven blijken te zijn, zijn testament aldus luidt, zijne goederen zóóveel waarde hebben. Nu is geene onzekerheid meer mogelijk en eene herrekening, bij eene andere toepassing van het beginsel onvermijdelijk, eenvoudig niet denkbaar.

Vóór dit tijdstip is echter alles nog onzeker en kan van eene toepassing van het beperkend beginsel derhalve geen sprake zijn.

Alle bevoordeelingen dus van den hertrouwden ten aanzien van den nieuwen echtgenoot blijven, tot dat oogenblik daar is, van volle kracht en waarde om eerst dan zoo noodig tot de geoorloofde grens te worden teruggebracht en dit natuurlijk — al wordt het ook niet met zoovele woorden uitgesproken — door eene actie tot inkorting, toekomende aan hen, te wier bate de bepaling werkt, i. c. de voorkinderen.

3. Aldus, moet men aannemen, heeft het beginsel der Lex Hac edictali met het Romeinsche recht zijne intrede gedaan in de landen, waar dit inheemsch werd, in de eerste plaats in Frankrijk. De ontwikkeling er van in dit land is voor ons van het meeste belang, omdat zij den grondslag legde voor de desbetreffende bepalingen in den Code, die, gelijk ik hoop aan te toonen, weder de oorsprong is onzer wetsbepalingen. In zooverre is het daaromtrent geleerde bij onze Oud-Vaderlandsche schrijvers van minder belang voor de juiste opvatting onzer wet dan de doctrine der meest bekende oud-Fransche schrijvers, daar onzen wetgever bij de vaststelling der artikels, die ons bezighouden, inzonderheid de Code en niet zoozeer het Oud-Vaderlandsch recht voor den geest schijnt te hebben gestaan. Toch kan opgemerkt worden, dat onze meest beroemde juristen der 17e en 18e eeuw op dat punt vrijwel eenstemmig schijnen te zijn met hunne Fransche collega's, zoodat, waar het pas geeft, hunne meening zeer goed met die der laatsten in verband kan worden beschouwd.

Wat nu Frankrijk aangaat, tusschen de onderling nog afwijkende plaatselijke wetgevingen, kwam te dezen opzichte

eenheid, toen het Edit des Secondes Nôces in 1560 de beperking der Lex Hac edictali in uitgebreiden zin voor het geheele rijk verbindend verklaarde en dit in zijne Inleiding ook met zoovele woorden uitdrukte. Wij hebben dus thans enkele oogenblikken stil te staan bij eenige der meest bekende juristen uit dien tijd, wier uitspraken den samenstellers van den Code tot leiddraad hebben gestrekt en die in hunne Commentaren ook aan het Edit des Secondes Nôces hunne aandacht wijdden. Bedoeld worden hier POTHIER, RICARD en LEBRUN, die ondanks onderlinge afwijking op enkele punten, wat ons onderwerp betreft, eene doctrine hebben gevestigd, welke in vele opzichten ook thans door de Fransche juristen nog niet is verlaten [1]).

Bij de receptie van het beginsel in Frankrijk, gelijk trouwens ook in de andere Germaansche landen, met name onze Nederlandsche gewesten, stond men, zooals boven reeds bleek [2]), aanstonds voor eene moeielijkheid, in het Romeinsche recht onbekend, in het leven geroepen door de afwijkende vermogensrechtelijke verhouding tusschen man en vrouw.

Waar toch in het Romeinsche recht strikte afzondering gold van de vermogens der echtgenooten, bestond in het Germaansche recht integendeel de gemeenschap van goederen, welke, hier wat meer, daar wat minder omvattend, maar toch vrijwel algemeen geldend, op den voorgrond treedt.

---

1) Men zie: POTHIER, Traité du Contrat de Mariage No. 533 e. v. RICARD, Traité des Dons I 3e Partie Chap. IX Glose I – IV (Parijs 1734) en LEBRUN, Traité des Successions II Livre II Chap. VI Sect. I (Parijs 1743).

2) Cf. Eerste Hoofdstuk no. 5.

Hier werden dus, alleen door de huwelijksvoltrekking, de beide echtgenooten samen gerechtigden in een gemeenschappelijk vermogen, waartoe de een veelal meer, de ander minder had bijgedragen, zoodat hier de laatste reeds aanstonds door die boedelmenging een voordeel genoot, weliswaar nog onverdeeld, doch dat hem ingeval van ontbinding der huwelijksgemeenschap in uitsluitenden eigendom werd toegewezen.

Aldus in eerste, maar aldus ook in tweede huwelijk.

De bepaling der Lex Hac edictali, hoe ruim gesteld ook, had uit den aard der zaak in dit geval niet voorzien en had dit ook niet kunnen doen, daar deze wijze van bevoordeeling haar nog ten eenenmale onbekend was.

4. Van daar thans de strijd, ook in onze gewesten gevoerd, of de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap al dan niet moest vallen onder het beperkend beginsel. Eenerzijds verzette men zich hiertegen, daar aldus geene opzettelijke bevoordeeling plaats had en juist tegen daden hiervan, waardoor dus de hertrouwde echtgenoot van zijne overmatige genegenheid ten opzichte van den nieuwen echtgenoot blijk gaf, was de beperking gericht. Anderzijds gevoelde men ook de onbillijkheid, dat de hertrouwde, waar het hem niet geoorloofd was meer dan een kindsgedeelte aan den nieuwen echtgenoot weg te schenken, door de huwelijksgemeenschap de helft van zijn oorspronkelijk vermogen op dezen laatste zou doen overgaan om daarvoor wellicht weinig of niets terug te ontvangen.

Allengs behield het laatste gevoelen de overhand en werd in Frankrijk ten slotte in de meeste streken aangenomen.

Voor ons land zagen wij, dat men minder ver ging en behalve in Utrecht, nergens de huwelijksgemeenschap op denzelfden voet als andere wijzen van bevoordeeling aan de beperking onderwierp.

In Frankrijk gebeurde dit echter wel en nadat die beperking in het Edit des Secondes Nôces tot rijkswet verheven was, aarzelde men niet ook de huwelijksgemeenschap daaraan onderworpen te achten. [1])

De grond, waarop men dit veelal verdedigd vindt, kan mij echter niet voldoen.

Men bleef n.l. zoozeer aan de noodzakelijkheid eener opzettelijke bevoordeeling vasthouden, dat men ook hierin zulk eene bevoordeeling zag, omdat de echtgenooten haar door huwelijksvoorwaarden te maken, hadden kunnen voorkomen [2]).

Naar mijne meening echter had men tot deze verdediging van het overigens juiste beginsel niet zijne toevlucht behoeven te nemen. Immers hetzelfde had moeten zijn aangenomen, indien de huwelijksgemeenschap eens gebiedend ware voorgeschreven geweest, zoodat men daarvan niet door huwelijksvoorwaarden had kunnen afwijken, en wel om deze reden, dat de wet, waar zij aan den eenen kant te groote bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot ten koste van de kinderen van den hertrouwde wil ver-

---

1) Pothier t. a. p. no. 551 e. v. Ricard t. a. p. Glose II pag. 708 en 709, waar ook meerdere arrêts worden aangehaald. Lebrun t. a. p. Distinction IV pag. 350.

2) Ten onzent in Holland, waar men niet zoover wilde gaan, kwam men nu tot het ongemotiveerde resultaat, de statutaire gemeenschap niet, de conventioneele daarentegen wel aan de beperking te onderwerpen.

hinderen, aan den anderen kant ook behoort te voorkomen, dat het door haar ingesteld huwelijksvermogensrecht zoodanige bevoordeeling toch weder ten gevolge heeft, want het grondmotief der geheele bepaling is de bescherming der voorkinderen, voor wie het ten slotte hetzelfde blijft, of de nieuwe echtgenoot door eene opzettelijke schenking dan wel door eenige huwelijksgemeenschap te veel is bevoordeeld. [1])

5. Zien wij dan nu, hoe de genoemde schrijvers het in het Eerste Hoofdstuk van het Edit des Secondes Nôces nedergelegd beginsel verder hebben uitgewerkt.

Zij beginnen met aan te nemen, dat het zoowel toepasselijk is op hertrouwde mannen als op hertrouwde vrouwen, iets waarover naar de artikels van den Code en van onze Wet geen twijfel meer bestaat en dat dus thans eigenlijk van geen belang meer is. Uit de woorden in dezen van het Edit zou men tot de slotsom komen, dat dit slechts tegen hertrouwde vrouwen is bedoeld, in afwijking van het Romeinschrechtelijk beginsel, dat men begreep ondanks de onnauwkeurige redactie van het Edit te moeten handhaven, daar er immers geen reden is in dezen te onderscheiden [2]).

Waarin echter bestond de werking van de bepaling van het Edit? Hoe moet gehandeld worden bij overtreding daarvan?

Op dit punt wijkt LEBRUN belangrijk van de beide anderen af.

Deze laatsten toch nemen aan, dat hiertegen pas kan

1) Aldus terecht LEBRUN t. a. p.

2) POTHIER no. 537. RICARD Glose I pag. 705.

worden opgekomen bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot met eene actie tot inkorting, die dan door de kinderen kan worden ingesteld. Op een vroeger tijdstip kan de beperking van het Edit dus niet ter sprake komen [1]).

Ook ten aanzien van de huwelijksgemeenschap heeft dit zijne gevolgen en wel deze, dat eerst bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot kan worden uitgemaakt, tot hoeveel de nieuwe echtgenoot daarin, gelet op de beperkende bepaling, gerechtigd is of geweest is. Vóórdat door de kinderen op die bepaling een beroep is gedaan, gaat dus alles, als bestond het Edit niet. In geen geval kan dus van toepasselijkheid daarvan vóór des hertrouwden overlijden sprake zijn, b.v. indien de nieuwe echtgenoot het eerst overlijdt of de huwelijksgemeenschap bij het leven der beide echtgenooten op eenige wijze wordt ontbonden.

Anders echter LEBRUN. [2]) Hij beschouwt het verbod van het Edit als van dwingenden aard, zoodat ook de hertrouwde echtgenoot zelf, indien deze den nieuwen echtgenoot overleeft, op eene bovenmatige schenking kan terugkomen en deze tot de geoorloofde grens terugbrengen, en voor bevoordeeling door huwelijksgemeenschap komt hij tot dezelfde uitspraak. [3]) Hier leert hij met zoo vele woorden, dat overtreding van het Edit in zooverre nietigheid der handeling tengevolge heeft en dus niet slechts moet worden beschouwd als eene bevoordeeling, eerst na het overlijden vatbaar voor inkorting.

1) POTHIER no. 575. RICARD Glose IV pag. 726.
2) LEBRUN t. a. p. Distinction III pag. 347.
3) T. a. p. Distinction IV pag. 350.

Wordt dus de hertrouwde echtgenoot nog tijdens zijn leven tot eene verdeeling der huwelijksgemeenschap aangesproken, dan kan hij, hoewel de bepaling aanvankelijk is gemaakt ten bate van de voorkinderen, toch zelf zich daarop beroepen, door welke oorzaken de ontbinding der huwelijksgemeenschap dan ook plaats heeft.

LEBRUN verdedigt dus, zonder die echter nader te motiveeren, eene preventieve werking van het Edit des Secondes Nôces te dezen opzichte.

Hoe scherpzinnig zijn commentaar overigens ook moge zijn en welke juiste begrippen hij op andere punten omtrent het beginsel der Lex Hac edictali ook hebben moge, hierin zal men hem naar mijne meening niet mogen volgen, maar veeleer zich moeten aansluiten bij de meening van POTHIER en RICARD, die in aansluiting is met de Romeinschrechtelijke opvatting, door mij boven verdedigd.

LEBRUN staat hier dan ook in zijne meening vrijwel alleen; alle latere schrijvers, voorzoover ik kon nagaan, en ook de Code zelf kiezen beslist de andere zijde.

Wat een ander hoofdbeginsel betreft, blijft LEBRUN echter in overeenstemming met de juiste leer, ook door POTHIER en RICARD aangenomen, n.l. dat ten slotte toch alles aankomt op den toestand, zooals die is bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, op de einduitkomst dus.

Hiernaar moet het aantal kinderen, voor de bepaling van het kindsgedeelte onmisbaar, bepaald [1]) en de om-

---

1) POTHIER nos. 552, 575 en 584. RICARD Glose IV pag. 725. LEBRUN Distinction V pag. 355.

vang der nalatenschap, en de waarde der daartoe behoorende goederen vastgesteld worden. In verband met zijne leer zal LEBRUN dus wel eene herrekening op dit tijdstip moeten aannemen.

6. Zagen wij reeds, dat bevoordeeling door huwelijksgemeenschap geacht werd onder het Edit te vallen, in het algemeen werd hieraan eene ruime strekking toegekend en werden alle bevoordeelingen daaronder gebracht, zoowel onder de levenden als bij uiterste wilsbeschikking, zelfs die ter belooning van bewezen diensten, voorzoover zij de op geld geschatte waarde daarvan overtroffen, en wederkeerige beschikkingen, voorzoover de bevoordeeling, van den hertrouwden echtgenoot uitgaande, de andere overtrof [1]). Ook de huwelijksvoorwaarden waren dus aan het Edit onderworpen en zelfs schenkingen, vóór het huwelijk niet bij huwelijksvoorwaarden gedaan, tenzij vaststa, dat zij niet met het oog hierop gedaan werden: een eigenaardig voorbeeld dus van een vermoeden van kwade trouw.

Al deze wijzen van bevoordeeling werden als vallende onder ééne wetsbepaling nu ook met elkander in verband beschouwd, d. w. z. door alle te zamen mocht de in het Edit bepaalde grens niet overschreden worden [2]).

Ook op eene andere wijze achtte men dit niet geoorloofd, n.l. meerdere opvolgende echtgenooten te zamen zullen ook slechts eenmaal een kindsgedeelte mogen genieten.

1) POTHIER no. 544 e. v. RICARD Glose II pag. 712. LEBRUN Distinction IV pag. 349 en 353.

Wat een remuneratoir legaat betreft, wijkt deze laatste eenigzins af.

2) LEBRUN Distinct. IV pag. 353.

Voorzoover de tweede dit dus reeds genoten heeft, kan aan den derden geen voordeel meer opkomen [1]).

Voorwaarde voor de toepasselijkheid van het Edit is derhalve de aanwezigheid van een of meer voorkinderen bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot [2]). Maar als hoedanig genieten zij nu van het Edit? Hier zijn de schrijvers eenstemmig, dat zij daartoe geene erfgenamen behoeven te zijn, want het Edit beschermt hen en qualité d'enfants, jure sanguinis [3]). Zij genieten hier niet uit de nalatenschap en de schuldeischers daarvan hebben er dus geen verhaal op [4]).

Eene verwerping der nalatenschap belet hen ook niet op het Edit een beroep te doen. Zijn zij daarentegen onwaardig, dan zijn zij ook hier uitgesloten, want het Edit beoogt niet iemand voordeelen toe te kennen, waarop hij geen aanspraak heeft. Aldus ook reeds het Romeinsche recht, zooals wij boven zagen.

Genieten de kinderen dus niet als erfgenamen, evenmin mogen zij hier worden beschouwd als legitimarissen. POTHIER bewaart hier het stilzwijgen, waarschijnlijk daar hij dit van zelf sprekend vond. Door de anderen echter wordt er uitdrukkelijk op gewezen, dat het rechtsinstituut der legitieme portie van geheel anderen aard is [5]). Men

1) POTHIER no. 538. RICARD Glose IV pag. 735.

2) POTHIER no. 560. RICARD Glose IV pag. 729. LEBRUN Distinct. V pag. 356 (Cf. Distinction III pag. 348).

3) POTHIER nos. 568 e. v. en 590 e. v. RICARD Glose IV pag. 730 e. v. LEBRUN Distinct. III pag. 345.

4) RICARD t. a. p. pag. 731 en 733.

5) RICARD Glose IV pag. 733. LEBRUN Distinct. III pag 345—346.

ging hier zelfs zoover aan te nemen, dat hetgeen krachtens het Edit wordt ingekort, niet wordt geimputeerd op de legitieme portie der kinderen, die nog onverkort daarnevens kan worden gevorderd [1]).

Hoe wordt nu het kindsgedeelte berekend? Hiertoe moeten meerdere vragen worden beantwoord.

De eerste is deze: Welke kinderen tellen daartoe mede? Slechts de voorkinderen of ook die uit het tweede huwelijk? Hier wordt eenstemmig in den laatsten zin beslist [2]), en dit met een beroep op de gelijkheid, waarin alle kinderen van den hertrouwden echtgenoot ten opzichte van hem verkeeren, terwijl ook het Edit niet onderscheidt. Daarenboven wordt de nieuwe echtgenoot als een kind medegerekend [3]).

Mede op grond van die gelijkheid komt het hier nu niet aan op het minste voorkindsgedeelte, maar op het minste kindsgedeelte, ook gelet dus op de kinderen uit het nieuwe huwelijk [4]).

Zijn er kinderen vooroverleden, dan kunnen de kleinkinderen bij plaatsvervulling mede van het Edit genieten en wordt staaksgewijze het kindsgedeelte of minste kindsgedeelte bepaald, maar zijn er slechts kleinkinderen uit het vooroverleden eenig kind, dan moet weder gelet worden

---

1) RICARD t. a. p. Aldus ook ons Oud-Vaderlandsch recht: Voet, de ritu nuptiarum (XXIII 2) no. 111.

2) POTHIER no. 560. RICARD Glose IV pag. 729, waar aangehaald wordt een arrêt der Chambre des Enquêtes van 18 Juni 1664.

3) POTHIER no. 597.

4) POTHIER no. 560. RICARD t. a. p. LEBRUN Distinct. V pag. 356.

op het minste kleinkindsgedeelte [1]). Dit laatste schijnt hierop te steunen, dat de kleinkinderen in dit geval geacht werden uit eigen hoofde op te komen, doch is minder juist en vond dan ook destijds reeds bestrijding [2]).

Indien aan een der kinderen minder opkwam dan zijne legitieme portie en dit berustte daarin, dan werd het voor den nieuwen echtgenoot beschikbaar kindsgedeelte toch altijd geacht gelijk te zijn aan het bedrag dier legitieme portie, omdat zoodanig kind steeds daarop recht heeft en de hertrouwde echtgenoot anders de gift, aan den nieuwen echtgenoot gedaan, tot nul zou kunnen terugbrengen en de kinderen in onderling overleg den nieuwen echtgenoot zouden kunnen benadeelen [3]).

Ter bepaling van het bedrag, waarover het kindsdeel of minste kindsdeel berekend moet worden, en dat dus in de eerste plaats bestaat uit de waarde der nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot bij diens overlijden, rijst nog de vraag: Moeten daartoe ook de schenkingen, door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot of aan zijne kinderen gedaan, bij de massa opgeteld worden?

Wat de eerste betreft, bewaren POTHIER en LEBRUN het stilzwijgen, RICARD evenwel wil deze niet bijgeteld zien [4]).

Het omgekeerde ware echter logischer en meer in overeenstemming met den geest van het beginsel.

---

1) POTHIER nos. 564 en 565. RICARD t. a. p. pag. 725. LEBRUN t. a. p. pag. 357.

2) O. a. in een arrêt van het Hof te Toulouse van 16 Mei 1669 bij RICARD en LEBRUN aangehaald.

3) POTHIER no. 561. RICARD t. a. p. pag. 721. LEBRUN t. a. p. pag. 355.

4) RICARD t. a. p. pag. 734.

Wat de schenkingen aangaat, door den hertrouwden echtgenoot aan zijne kinderen gedaan, LEBRUN leert hier[1]), dat deze in de massa moeten worden ingebracht, een m. i. juist beginsel, dat POTHIER [2]) echter beperkt door het alleen aan te nemen voor schenkingen, welke gedaan zijn na die aan den nieuwen echtgenoot, daar diens deel anders weer kleiner zou worden, eene ongemotiveerde onderscheiding, daar al deze schenkingen, voorzoover aan inbreng onderworpen, de nalatenschap en daarmede ook het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd kindsgedeelte behooren te vergrooten.

7. Wat nu de inkorting krachtens het Edit betreft, allereerst rijst de vraag: Wie kunnen haar doen gelden? m. a. w. Aan wie komt de actie tot inkorting toe? Ongetwijfeld aan de voorkinderen, maar ook aan de kinderen, uit het nieuwe huwelijk geboren [3]). Ieder kind kan volgens de schrijvers de actie voor zijn deel instellen. Ook dit wordt weder verdedigd met een beroep op de gelijkheid van alle kinderen.

In overeenstemming hiermede wordt dan ook aangenomen, dat het provenu der actie aan alle kinderen ten goede komt [4]).

Aldus was de opvatting van het Edit, waarmede bevestigd en tot het geheele rijk uitgebreid werd de leer, vóór dien tijd reeds geldende in het pays de droit coutumier, waar men in aansluiting met het tusschen-

1) LEBRUN t. a. p. pag. 356.

2) POTHIER no. 603.

3) POTHIER no. 589. LEBRUN Distinct. III pag. 348.

4) POTHIER t. a. p. RICARD t. a. p. pag. 728. LEBRUN t. a. p. pag. 346—347.

stelsel der Lex Quoniam ook aan de kinderen uit het nieuwe huwelijk een gelijk genot toekende als aan die uit het eerste huwelijk, zoodat een einde werd gemaakt aan de heerschende meening in het pays de droit écrit, waar het Romeinschrechtelijk beginsel van Novella 22 Caput 27, dat het ingekorte slechts aan de voorkinderen toewees, zich gehandhaafd had.

Intusschen mag men zich afvragen, of deze laatste opvatting niet juister het oorspronkelijk beginsel wedergeeft. Immers slechts bescherming der voorkinderen werd hiermede bedoeld, terwijl hetgeen de nieuwe echtgenoot van den hertrouwde ontvangt, later grootendeels, zooal niet geheel, aan de kinderen uit het nieuwe huwelijk ten goede komt. Men had dus slechts aan de voorkinderen het genot der inkorting en daarmede de actie tot inkorting behooren toe te kennen, desnoods slechts voor hun deel, waardoor van het beginsel meer in schijn dan in werkelijkheid zou zijn afgeweken.

Evenwel de andere meening heeft gezegevierd en heeft zich, wat het genot van het ingekorte betreft, sedert onveranderd gehandhaafd.

Eene andere vraag is echter, of naast de kinderen ook de nieuwe echtgenoot weer zijn deel krijgt in hetgeen is ingekort. Men zou deze vraag eigenlijk zonder aarzelen bevestigend moeten beantwoorden, daar anders het beginsel zou worden miskend en de nieuwe echtgenoot inplaats van meer nu minder dan een der kinderen zou ontvangen. Toch beantwoordden POTHIER en RICARD haar ontkennend[1]),

---

1) POTHIER no. 594. RICARD t. a. p. pag. 734—735.

voornamelijk met een beroep op het Romeinsche recht, waar het excedent slechts aan de kinderen werd toegewezen, doch naar mijne meening in strijd met de duidelijke slotwoorden van het Eerste Hoofdstuk van het Edit.

Logischer is hier dan ook LEBRUN [1]), die volgens den geest en de letter van het Edit en naar billijkheid den nieuwen echtgenoot in het ingekorte laat deelen. Wat de actie tot inkorting betreft, wordt door POTHIER [2]) geleerd, dat voorzoover aan den nieuwen echtgenoot zijn geschonken roerende zaken, slechts het bedrag, dat deze op het tijdstip der schenking uitmaakten, van den nieuwen echtgenoot kan worden teruggevorderd; waar echter het geschonkene bestond in onroerend goed, wordt door hem aan de actie eene zakelijke werking toegekend, op grond, dat deze hier zou zijn gericht op het goed zelf, in verband waarmede in elk geval ook gelet zal worden op de daaraan door schuld toegebrachte schade en de daaraan bestede kosten.

Waaruit echter die zakelijke werking, die niet vanzelve uit het beginsel voortvloeit en m. i. niet zonder voldoende gronden mag worden aangenomen, wordt afgeleid, vindt men niet nader opgehelderd. Naar mijne meening gaat POTHIER hier dus te ver.

8. Staan wij ten slotte nog enkele oogenblikken stil bij hetgeen door onze auteurs geleerd wordt omtrent de toepassing van het Edit op de huwelijksgemeenschap. Boven zagen wij reeds, [3]) dat ook deze aan het Edit werd onder-

1) LEBRUN t. a. p. pag. 347.

2) POTHIER nos. 515 e. v., 585 en 589.

3) Cf. no. 4 hiervoor.

worpen geacht, wat zoowel betrof de legale Fransche huwelijksgemeenschap, die van roerend goed, als elke andere.

Mede zagen wij reeds, wanneer de toepasselijkheid van het beperkend beginsel hier bestaat, n.l. dat moet aangenomen worden, ondanks de afwijkende meening van LEBRUN, een beroep op de inkorting bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot en eerder niet. Maar hoe zal dan gehandeld worden?

Voorop sta, dat de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap hier in den grond gelijk staat met eene door schenking of uiterste wilsbeschikking en krachtens dezelfde ratio aan het Edit is onderworpen. Houdt men dit in het oog, dan is de weg vanzelf aangewezen.

Aan de beperking van het Edit heeft men echter nimmer onderworpen geacht hetgeen staande het huwelijk door de beide echtgenooten was overgespaard [1]), dat men dus steeds bij helfte bleef verdeelen, en terecht. Immers hierin kan nimmer gezegd worden eene bevoordeeling voor den nieuwen echtgenoot gelegen te zijn, ook al zouden de overgespaarde inkomsten grootendeels verkregen zijn uit revenuën van het vermogen van den hertrouwden echtgenoot. Het stond aan de echtgenooten vrij deze te zamen gedurende het huwelijk te verteren: waar zij daarvan nu door spaarzaamheid en vlijt overhielden, wordt beslist, zonder dat men verder op de herkomst let, dat beiden er gelijkelijk recht op hebben, eene praesumptio juris et de jure dus, die volkomen in de rede ligt en slechts zelden wederspraak heeft ondervonden.

---

1) POTHIER no. 552.

Die opgelegde, gekapitaliseerde inkomsten worden echter geenszins als eene aparte massa in de huwelijksgemeenschap beschouwd, zooals men wellicht zou meenen, want ook zij zijn in de onverdeelde huwelijksgemeenschap opgenomen, maar bij de verdeeling daarvan en de toepassing zoo noodig van het beperkend beginsel, wordt met het bovenstaande rekening gehouden en wordt het bedrag der overgespaarde inkomsten aan de zijde van ieder der echtgenooten voor de helft te goed gerekend.

Volgens POTHIER en LEBRUN is echter ook aan het Edit onttrokken hetgeen gedurende het huwelijk door den hertrouwde geërfd wordt.

Zoozeer wordt n.l. door hen vastgehouden aan de opvatting, dat eene bevoordeeling, om onder het Edit te vallen, eene opzettelijke moet zijn [1]), dat zij het voordeel, voor den nieuwen echtgenoot voortspruitende uit erfenissen, welke aan den hertrouwden echtgenoot zijn opgekomen, niet aan de beperking onderworpen achten, daar deze erfenissen ook voor den hertrouwden echtgenoot een voordeel zijn, waarop deze niet met zekerheid had kunnen rekenen, zoodat het ook niet in zijne bedoeling kon liggen den nieuwen echtgenoot er bovenmatig door te bevoordeelen. Vandaar, dat deze erfenissen — en dit geldt nu ook van die aan den nieuwen echtgenoot opgekomen — volgens hen, evenals hetgeen is overgespaard, bij helfte zullen worden verdeeld [2]). Hunne meening op dit punt

1) Cf. no. 4 hiervoor.

2) POTHIER no. 553. LEBRUN pag. 480 no. 1 (aangeh. bij TROPLONG Traité de la communauté no. 2214).

is echter ongetwijfeld onjuist en verliest uit het oog, dat alles op het eindresultaat der bevoordeeling nederkomt en niet op het al of niet opzettelijke der bevoordeeling. Sedert heeft men hun gevoelen omtrent die erfenissen dan ook opgegeven.

Hoe nu aan den nieuwen echtgenoot is toe te wijzen, waartoe hij in verband met het Edit in de huwelijksgemeenschap gerechtigd is, wordt ook door de schrijvers nader uitgewerkt. Men vangt aan de huwelijksgemeenschap bij helfte te verdeelen, om daarna uit te maken, of er grond is voor inkorting krachtens het Edit en wel op deze wijze:

Van de helft van den nieuwen echtgenoot trekt men vooreerst af het halve bedrag der overgespaarde inkomsten en aan den hertrouwden en den nieuwen echtgenoot opgekomen erfenissen, die bij helfte worden verdeeld.

Hetgeen men aldus overhoudt moet verminderd worden met hetgeen de nieuwe echtgenoot ten huwelijk heeft aangebracht en het dan gevonden verschil maakt de bevoordeeling door de huwelijksgemeenschap uit. Immers voorzoover de nieuwe echtgenoot evenveel uit de huwelijksgemeenschap terugontvangt als hij er heeft ingebracht, is van een voordeel voor hem nog geen sprake.

Hetgeen nu is bevonden de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap uit te maken moet vermeerderd worden met het bedrag der schenkingen, door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot gedaan, om de reeds vroeger vermelde reden, dat de nieuwe echtgenoot, alle wijzen van bevoordeeling samengenomen, niet boven de maat in het Edit gesteld, mag bevoordeeld worden [1]).

---

1) Cf. no. 6 hiervoor.

Het op deze wijze samengesteld bedrag moet nu zoo noodig tot een kindsgedeelte worden ingekort.

Hiertoe heeft men zich eenvoudig te stellen op het standpunt der bevoordeeling door schenking of uiterste wilsbeschikking, wat medebrengt dat de massa, waarover dit kindsgedeelte berekend wordt, eigenlijk niet anders is dan de nalatenschap van den hertrouwde of liever hetgeen de nalatenschap zou uitmaken, zoo dit kindsgedeelte niet behoefde te worden afgetrokken, derhalve de huwelijksaanbrengst van den hertrouwden echtgenoot, vermeerderd met het halve bedrag van hetgeen is overgespaard en de helft der boven omschreven erfenissen [1]).

Is aldus het kindsgedeelte bekend, dan moet men ook het totaal der bevoordeeling daaraan toetsen en, zoo het te groot blijkt, inkorten. Trekt men dus het voordeel, dat het kindsgedeelte te boven gaat, af van de helft der huwelijksgemeenschap, dan heeft men gevonden tot hoeveel de nieuwe echtgenoot in de huwelijksgemeenschap gerechtigd is [2]).

Blijkt het totaal der bevoordeeling de maat van het kindsgedeelte echter niet te overschrijden, dan blijft de verdeeling bij helfte der huwelijksgemeenschap eenvoudig gehandhaafd.

Langs korter weg bereikt men hetzelfde doel door aan den nieuwen echtgenoot als deel in de huwelijksgemeenschap toe te kennen een bedrag, gelijk 1°. de helft van het overgespaarde plus de erfenissen van de echtgenooten, vermeer-

---

1) Ricard Glose II pag. 709, waar voor deze meening onderscheidene arrêts worden aangehaald. Lebrun Distinct. IV pag. 351.

Cf. ook Renusson, Communauté, Part 4 Chap. 3 no. 22.

2) Lebrun t. a. p. pag. 350.

derd met 2°. de waarde van zijne eigen huwelijksaanbrengst en met 3°. een kindsgedeelte van die van de huwelijksaanbrengst van den hertrouwden echtgenoot, vermeerderd met de wederhelft in hetgeen is overgespaard plus erfenissen van de echtgenooten [1]).

Aldus werd de werking van het Edit ten aanzien van de huwelijksgemeenschap opgevat. In verband met het vroeger betoogde is duidelijk, dat de toestand hier weder genomen wordt naar het tijdstip van overlijden van den hertrouwden echtgenoot, hetwelk voor de geheele toepassing van het beginsel het uitgangspunt is.

9. Uit het voorgaande is duidelijk, dat zich in Frankrijk ten aanzien van het beginsel der Lex Hac edictali vrijwel eene vaststaande doctrine gevormd had, die, getuige de geschiedenis der samenstelling, ook bij het ontwerpen van den Code tot leiddraad heeft gestrekt [2]), terwijl niet blijkt dat men in het vervolg daarvan wilde afwijken.

De Code dan bevat allereerst eene hoofdbepaling aangaande het beginsel: art. 1098, opgenomen in het Negende Hoofdstuk: „Des Dispositions entre Epoux", van den Titel „Des Donations et Testamens" (Boek III Titel II).

Hier vinden wij niet anders dan den inhoud van het Eerste Hoofdstuk van het Edit verkort weergegeven, behalve dat hier uitdrukkelijk, naast de vrouw, ook de man, die hertrouwt, genoemd wordt.

---

1) RICARD t. a. p. LEBRUN t. a. p. pag. 351.

Cf. ook RENUSSON t. a. p. no. 14 e. v.

2) Cf. DE MALEVILLE, Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d'Etat, Tome II pag. 547—549 (ad art. 1098 C.C.) en Tome III pag. 275—276 (ad art. 1496 C.C.) en pag. 301 (ad art. 1527 C.C.).

Bovendien is hieraan toegevoegd eene nieuwe bepaling — wil men: eene tweede grens — naast de reeds bestaande, dat de schenkingen of uiterste wilsbeschikkingen ten behoeve van den nieuwen echtgenoot nimmer het een vierde der goederen van den hertrouwden echtgenoot mogen te boven gaan. Aanvankelijk was voorgesteld, dat de nieuwe echtgenoot niet meer zou mogen genieten dan een kindsgedeelte in vruchtgebruik, hetgeen echter niet werd aangenomen, zoodat men te kennen gaf niet te willen afwijken van hetgeen reeds gegolden had.

Evenwel merkte de Staatsraad BERLIER aan, dat, ingeval er minder dan drie kinderen waren, het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd kindsgedeelte tot een derde deel of zelfs de helft der nalatenschap van den hertrouwde kon stijgen, hetgeen hij te veel achtte, waarom hij voorstelde, dat de nieuwe echtgenoot nimmer meer zou mogen ontvangen dan een vierde deel der nalatenschap van den hertrouwde [1]).

Dit werd den 27 Ventôse an XI in den Conseil d'Etat aangenomen en vandaar de slotbepaling van art. 1098, die dus alleen betreft het zooeven aangehaalde geval. Hierop moet de nadruk worden gelegd, omdat zij wel eens is te baat genomen ter oplossing van vragen, waarin zij nooit bedoeld heeft te voorzien.

De ontwerpers van den Code begrepen echter, dat zij er enkel met art. 1098 nog niet waren, omdat onder het daar gebezigde woord „donner" bezwaarlijk kon worden gebracht de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap.

---

1) Cf. KOENEN, Praeadvies no. 15 e. v.

Wel had men onder de heerschappij van het Edit ook deze daaronder gerekend, maar bij de systematische inkleeding der rechtsbeginselen in den Code, kon dit niet aldus blijven, daar de huwelijksgemeenschap toch niet als een contract om niet kon worden beschouwd.

Vandaar nu in den Titel „Du Contrat de Mariage" in de Eerste Afdeeling van het Tweede Hoofdstuk „De la Communauté Légale", eene algemeene slotbepaling in art. 1496, dat ingeval een van beide of beide ouders kinderen hebben uit een vroeger huwelijk, alle regels omtrent gemeenschap van goederen in eerste huwelijk gelden zullen, behoudens, indien door de boedelmenging een der echtgenooten, i. c. de nieuwe echtgenoot, meer voordeel zou genieten dan volgens art. 1098 geoorloofd is, de actie tot inkorting, in te stellen door de voorkinderen [1]).

Hiermede was dus ook de Communauté Légale van den Code, die van roerende goederen en schulden, aan het beginsel der Lex Hac edictali onderworpen, maar ook hierbij liet men het nog niet.

Door in eene andere huwelijksgemeenschap dan deze laatste te huwen zou de nieuwe echtgenoot nog te veel bevoordeeld kunnen worden. Daarom werd in de Tweede Afdeeling van hetzelfde Hoofdstuk, nadat daarin allerlei conventioneele huwelijksgemeenschappen behandeld zijn en ten opzichte hiervan, zoowel als van alle andere, die denkbaar zijn, aan de echtgenooten de regeling volkomen is vrijgelaten, weder opgenomen eene bepaling in art. 1527

---

1) Uitdrukkelijk kwam hier de leer der oude schrijvers ter sprake: DE MALEVILLE III pag. 276.

al. 3, dat, ingeval er kinderen zijn uit een vroeger huwelijk, elke zoodanige overeenkomst, die tengevolge zou hebben, dat de nicuwe echtgenoot meer krijgt dan bij art. 1098 is bepaald, voor dat meerdere geene uitwerking heeft, waaronder echter niet gerekend worden de voordeelen uit ieders arbeid en inkomsten van goederen, welke zijn overgespaard. Het laatste is weder volkomen in overeenstemming met hetgeen altijd gegolden had.

Vreemd is het, dat deze laatste toevoeging ook niet in art. 1496 is opgenomen. Immers bedoelde de wetgever klaarblijkelijk hier niet anders, en de schrijvers aarzelen dan ook niet, wat overgespaarde inkomsten aangaat, mede bij de Communanté légale hetzelfde aan te nemen [1]).

De Code heeft dus het beginsel der Lex Hac edictali in den meest uitgebreiden zin toepasselijk verklaard en dit op de wijze, zooals nagenoeg allen voorheen het terecht hadden opgevat, eene vermindering der te groote bevoordeeling, te bewerkstelligen door eene actie tot inkorting, welke eerst kan worden ingesteld bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot. Art. 1496 noemt deze met zoovele woorden; artt. 1098 en 1527 al. 3 bedoelen echter niet anders.

De woorden „sans effet" in het laatste artikel mogen er niet toe leiden aan te nemen dat hier nietigheid bedoeld zou zijn, in welk geval de Code gewoon is zich anders uit te drukken, terwijl bovendien een verschil in stelsel met de andere artikels hier door niets gerechtvaardigd wordt.

---

1) Cf. b. v. GUILLOUARD, Traité du Contrat de Mariage no. 1433. Ook LAURENT XXIII no. 406.

Zooeven werd opgemerkt, dat de Code alle wijzen, waarop de nieuwe echtgenoot van de zijde van den hertrouwden zou kunnen bevoordeeld worden, aan de beperking heeft onderworpen. Immers de beschikkingen om niet, hoe dan ook plaats hebbende, vallen onder art. 1098, de bevoordeelingen krachtens huwelijksgemeenschap, welke deze dan ook zij, onder artt. 1496 en 1527.

Onder art. 1098 vallen dus niet slechts schenkingen bij huwelijksvoorwaarden, maar mede die, staande huwelijk gedaan, welke krachtens art. 1096 van den Code slechts herroepelijk zijn, maar overigens van kracht blijven, en zelfs die vóór het huwelijk, niet bij huwelijksvoorwaarden gedaan, mits vaststa, dat zij met het oog op het huwelijk geschied zijn. Het vermoeden toch van het tegendeel, door POTHIER aangenomen, werd sedert terecht verlaten [1]).

Zelfs bevoordeelingen langs indirecten weg vallen er onder, b.v. indien de hertrouwde echtgenoot eene erfenis verwerpt, die nu aan den nieuwen echtgenoot te beurt valt, enz. [2]).

Art. 1098 is voorts, zooals wij zagen, uitgangspunt ook voor de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap, waaraan dus steeds zal worden aangelegd de maat, in dit artikel uitgesproken [3]): het minste kindsdeel of hoogstens een vierde deel der goederen van den hertrouwden echtgenoot, op dezelfde wijze te bepalen als het door de

---

1) Cf. b. v. LAURENT XV no. 395.

2) AUBRY en RAU VII pag. 273.

3) Cf. zeer duidelijk GUILLOUARD no. 1431.

uitleggers van het Edit des Secondes Nôces werd gedaan [1]), door zich eene nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot te denken zonder voor een oogenblik met de huwelijksgemeenschap rekening te houden.

10. Wat nu de talrijke uitleggers van den Code aangaat, hunne commentaren hebben voor ons slechts belang, inzooverre zij de zuivere bedoeling wedergeven van den Franschen wetgever, gelet dus op den geest en de historische wording van de artikels, waarbij nog enkele oogenblikken moet worden stilgestaan. Waar toch onze wet, zooals in het vervolg zal worden aangetoond, daarvan in den grond niet verschilt, heeft de juiste beteekenis der gemelde Code-artikels voor de interpretatie van de bepalingen in ons Burgerlijk Wetboek omtrent hetzelfde onderwerp, overwegend belang.

Waar dus de Fransche schrijvers, inzonderheid die van de laatste helft der negentiende eeuw, toen de Fransche wetgeving ten onzent reeds lang niet meer gold, van de juiste opvatting eenigzins zijn afgeweken en het leerstuk, dat ons hier bezighoudt, met een ander zijn gaan verwarren, zal men, voor onze wet althans, hunne meening niet mogen volgen en dit te minder, omdat die ontstaan is in een tijd, toen wij reeds aan de heerschappij van den Code onttrokken waren.

In andere opzichten echter deden zij het historisch geworden beginsel wel degelijk recht wedervaren en dan heeft hetgeen zij leeren, ook voor onze wet belang.

Het geheele stelsel der Fransche schrijvers hier te

---

1) Zie no. 8 hiervoor.

behandelen, schijnt dus overbodig. Slechts op de hoofdbeginselen kan gewezen worden en voorzoover deze in overeenstemming zijn met hetgeen de oudere schrijvers aannemen, is het voldoende dit met een enkel woord te constateeren, terwijl ten slotte bij eenige verschilpunten moet worden stilgestaan om te onderzoeken, of hier de oudere of nieuwere schrijvers dichter bij de waarheid zijn.

Wat deze laatsten betreft, met enkelen der meest bekende uit de velen meende ik hier te kunnen volstaan: DEMOLOMBE, LAURENT, AUBRY en RAU, MARCADÉ, ook TROPLONG en GUILLOUARD, de beide laatsten inzonderheid met hunne Traités du Contrat de Mariage, door DEMOLOMBE niet behandeld.

Al de genoemden zijn dan eenstemmig, dat overtreding der artt. 1098, 1496 of 1527 geene nietigheid tengevolge heeft, maar slechts eene inkorting na het overlijden van den hertrouwden echtgenoot [1]).

Hetzelfde geldt voor huwelijksgemeenschap. Naar luid van den Code zelf vertoont deze hier niets bijzonders, behoudens zoo noodig het beroep op de inkorting na des hertrouwden overlijden [2]). Vóór dien tijd gaat alles zijn gewonen gang en bij vroegere ontbinding treedt dan ook eenvoudig de verdeeling bij helfte in om zoo noodig later gewijzigd te worden.

Hoewel deze meening in Frankrijk vrijwel algemeen

---

1) DEMOLOMBE XXIII no. 552. LAURENT XV no. 391. AUBRY en RAU VII pag. 282—283. MARCADÉ IV no. 352.

2) TROPLONG nos. 2220 en 2221. GUILLOUARD nos. 1431 en 1435. AUBRY en RAU VII pag. 283.

gedeeld wordt, vermeldt TROPLONG [1]) een arrêt van het Hof te Bordeaux van 5 Juli 1824, waarbij in een geval van scheiding van goederen ook aan den hertrouwden echtgenoot de actie werd toegekend. Deze uitspraak is echter als een unicum te beschouwen en wordt door TROPLONG geheel in strijd geacht met art. 1496. Toch gevoelen de schrijvers iets van de hardheid, die er in kan liggen, dat de helft der huwelijksgemeenschap eerst aan een wellicht verkwistenden nieuwen echtgenoot wordt toegewezen, die later niet bij machte zou zijn het op hem in te korten bedrag weder op te leveren: vandaar dat door sommigen, meer uit billijkheid dan in verband met de wet, aan de voorkinderen conservatoire maatregelen worden toegestaan [2]).

Zij trachten dit wel aldus te construeeren, dat de kinderen hier een voorwaardelijk recht zouden hebben, doch deze grond is onhoudbaar, daar aldus eene schijnvoorwaarde, nl. de grond van het recht zelf, als voorwaarde wordt aangenomen.

11. Men heeft hier dus geenszins te doen met eene persoonlijke onbevoegdheid van den hertrouwden echtgenoot, hetgeen de schrijvers aldus uitdrukken, dat het hier geldt eene indisponibilité réelle en niet personelle [3]), waaruit dan weder de conclusie getrokken wordt, dat het hier geldt een reëel statuut met al de gevolgen van dien.

1) TROPLONG t. a. p.

2) TROPLONG no. 2221 en het door dezen aangehaald arrêt van den Cour de Cassation van 27 Maart 1822, mede in de boven aangehaalde zaak gewezen.

Anders uitdrukkelijk AUBRY en RAU t. a. p. pag. 283.

3) DEMOLOMBE no. 552. MARCADÉ no. 353.

Gevraagd mag niettemin worden, of aldus niet te ver wordt gegaan.

Is deze conclusie, welke uit het karakter der beperking wordt getrokken echter van minder belang, veel meer in het oog springt eene andere meening, welke schier alle nieuwere schrijvers blijken te zijn toegedaan, doch die feitelijk nederkomt op eene vermenging en gelijkstelling van deze materie met het leerstuk der legitieme portie, iets waartegen door de ouderen nadrukkelijk werd gewaarschuwd [1]), waarop bij de samenstelling der wet evenmin gedoeld is en dat dan ook, als zijnde ongegrond, verworpen moet worden.

Beoogt immers de legitieme portie aan de kinderen een bepaald gedeelte der nalatenschap te verzekeren, hier wordt slechts voorkomen, dat de nieuwe echtgenoot meer dan een bepaald gedeelte daarvan zou genieten en nu zal het deswege ingekorte wel veelal aan de kinderen te beurt vallen, maar een noodwendig vereischte is dit niet.

Ook is het zeer goed mogelijk, dat nadat de nieuwe echtgenoot een kindsgedeelte genoten heeft, voor de kinderen juist hunne legitieme overblijft (als er n.l. drie kinderen zijn), maar ook dit is eene toevallige omstandigheid en wijst niet op een verband tusschen de beide leerstukken.

Toch aarzelen de reeds genoemde Fransche schrijvers niet in hetgeen aan de kinderen krachtens de inkorting wegens art. 1098 te beurt valt, niet anders dan eene legitieme portie te zien: inzonderheid als er drie kinderen zijn, stellen zij beide volkomen gelijk [2]).

1) Cf. no. 6 hiervoor.

2) DEMOLOMBE nos. 564 en 566. LAURENT no. 462. AUBRY en RAU pag. 282. GUILLOUARD no. 1435.

Hieruit vloeit voort, dat voor de toepassing der inkorting schier alle bepalingen omtrent de legitieme ook hier toepasselijk worden verklaard en dat waar soms aanleiding mocht zijn tot twijfel, steeds met een beroep daarop wordt beslist, terwijl iedere afwijking zorgvuldig wordt verantwoord.

Vanwaar deze verwarring van twee verschillende dingen? Het antwoord, dat hier het meest voor de hand ligt, is, dat men analogie ging zien tusschen beide, omdat zoowel het een als het ander nederkomt op eene inkorting ten behoeve van de kinderen toe te passen op iemand, die van den overledene te veel heeft ontvangen. Verder reikt die analogie echter niet en zij rechtvaardigt, gelet op de tusschen beide zooeven genoemde verschilpunten, dus allerminst deze volstrekte gelijkstelling, waartoe dan geconcludeerd wordt.

Het feit, dat zooals de nieuweren terecht aannemen, hetgeen krachtens de inkorting der Lex Hac edictali verkregen wordt, op de legitieme portie wordt geimputeerd, bewijst geenszins dat beide hetzelfde zijn, maar is eenvoudig een uitvloeisel van den regel, dat het onverschillig is, op welke wijze de kinderen hunne legitieme portie ontvangen. De schrijvers geven dit zelven toe, waar zij aannemen, dat indien de nieuwe echtgenoot te veel heeft genoten en een vreemde door den hertrouwden tot erfgenaam is ingesteld, de legitieme portie der kinderen in de eerste plaats wordt aangevuld door wat de nieuwe echtgenoot te veel ontving, terwijl verder naar de regels der legitieme inkorting plaats heeft [1]).

1) Demolombe no. 567. Laurent no. 392. Aubry en Rau pag. 286.

Aan hun stelsel vasthoudend, hadden zij niet vooraf het excedent, aan den nieuwen echtgenoot opgekomen, op dezen moeten inkorten, maar ook dit aan de regels van inkorting voor de legitieme portie moeten onderwerpen.

Ziehier dus reeds eene tegenstrijdigheid. Meerdere vindt men echter nog uitdrukkelijk vermeld. Zoo wat betreft, wie de actie kan instellen. In een dergelijk geval n.l. als het vorige, gaan sommigen er zelfs toe over aan dien vreemde, wien bij testament het beschikbaar deel is gemaakt, de actie tot inkorting tegen den nieuwen echtgenoot toe te kennen om aldus dat beschikbaar gedeelte tot haar werkelijk bedrag aan te vullen [1]), aldus lijnrecht in strijd met art. 921 van den Code, dat LAURENT hier dan ook terzijde wil laten.

Ook wat betreft de samenstelling der massa, waarover het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd kindsdeel moet berekend worden, wordt van art. 922 van den Code afgeweken. Immers niet alle schenkingen, door den hertrouwde gedaan, worden hier bijgeteld, doch slechts die, waarvan inbreng moet plaats hebben [2]), zooals aanstonds blijken zal, een juist beginsel, maar wederom niet te vereenigen met die aangenomen verwantschap met de legitieme portie.

Ook hier geven de schrijvers dus aan eene zuivere toepassing van art. 1098 de voorkeur. Slechts als de kinderen of een hunner beperkt is tot de legitieme, en dus ook hetgeen de nieuwe echtgenoot mag ontvangen, niet meer

---

1) LAURENT t. a p. AUBRY en RAU t. a. p.

2) DEMOLOMBE no. 592. LAURENT no. 401. AUBRY en RAU pag. 281.

bedraagt, worden krachtens art. 922 alle schenkingen bij de massa gevoegd [1]).

12. Mogen wij dus in dit opzicht niet met de meening der Fransche schrijvers medegaan, op de meeste andere punten moet hunne leer ongetwijfeld voor de juiste worden gehouden.

Vooreerst wat betreft, dat volgens hen de kinderen, om krachtens art. 1098 de inkorting te kunnen inroepen, ook uit de nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot moeten genieten, dus zijne erfgenamen zijn [2]). Waar men niet meer terug wilde keeren tot het Romeinschrechtelijk beginsel, dat slechts aan de voorkinderen als zoodanig en alleen te hunnen behoeve het aan den nieuwen echtgenoot te veel gemaakte toewees, is dit ook het eenig juiste uitgangspunt en zal dus het uitsluitend genieten jure sanguinis, door de ouderen aangenomen, niet meer kunnen gelden en zullen verwerpende even goed als onwaardige kinderen hier geheel buiten aanmerking blijven. Op het aantal kinderen bij het overlijden van den hertrouwde of hunne nakomelingen bij plaatsvervulling, die werkelijk genieten, komt het aan [3]).

Toch ga men op dezen weg niet te ver door kortweg aan te nemen, dat de actie hier zou behooren tot de nalatenschap [4]), want niet aan de erfgenamen qua talis komt het beroep op de inkorting toe, doch slechts aan

---

1) Aubry en Rau t. a. p.

2) Demolombe no. 564. Laurent no. 398. Aubry en Rau pag. 282. Troplong no. 2221.

3) Demolombe no. 556. Laurent no. 382. Aubry en Rau pag. 272.

4) Demolombe no. 602.

de kinderen onder voorwaarde, dat zij erfgenamen zijn, en in zooverre kan ook thans nog van een optreden jure sanguinis gesproken worden.

Hier rijst de vraag: Komt het beroep op de inkorting en het genot daarvan ook toe aan de kinderen uit het nieuwe huwelijk? Zullen ook dezen zich op de inkorting kunnen beroepen en daarvan kunnen profiteeren?

Het laatste wordt, in overeenstemming met wat reeds de ouderen leerden [1]), algemeen bevestigend beantwoord [2]). Het beginsel van gelijkheid tusschen alle kinderen gaf ook hier den doorslag. Men zal echter nog eene schrede verder moeten gaan en moeten aannemen, dat het provenu der actie ten goede komt aan de nalatenschap, niet alleen dus aan de kinderen. Ongetwijfeld is dit ook de bedoeling der Fransche schrijvers, al wordt zij in den Code niet, gelijk in onze wet, met zoovele woorden uitgedrukt. De opvatting, dat de actie tot de nalatenschap behoort, levert hiertoe mede een sterk argument, maar al volgt men deze, wat betreft, wie de actie kan instellen, ook niet, toch zal voor de uitkomst daarvan in den juist aangegeven zin beslist moeten worden.

Het spreekt nu eveneens van zelf, dat ter berekening van het kindsgedeelte ook de kinderen uit het nieuwe huwelijk worden medegeteld.

Een ander uitvloeisel hiervan zal zijn, dat niet het minste voorkindsdeel, maar het minste kindsdeel hier de maat der bevoordeeling aangeeft. Al vindt men dit bij de

---

1) Cf. no. 7 hiervoor.

2) TROPLONG t. a. p. DEMOLOMBE no. 602. LAURENT no. 399. AUBRY en RAU pag. 284. MARCADÉ IV no. 354.

nieuwere Fransche schrijvers niet met zoovele woorden uitgedrukt, hiertoe zal men toch moeten komen in verband met de redactie van art. 1098 en hetgeen reeds onder het Edit werd aangenomen [1]).

Thans echter de kwestie, aan wie de actie toekomt. Hier bestaat verschil van meening. De Code toch kent op de eenige plaats, waar hij daarvan spreekt, art. 1496 al. 2, de actie slechts toe aan de voorkinderen. Hebben dus de kinderen uit het nieuwe huwelijk, ofschoon overigens met de eerste op ééne lijn gesteld, haar niet? Gelet op den Code, zou men tot deze conclusie kunnen komen en dus moeten aannemen, dat dit Wetboek in dit opzicht de leer der oudere schrijvers [2]) niet wilde volgen. Aldus wordt dan ook door sommigen aangenomen [3]). Maar ook zijn er, die mede aan de kinderen uit het nieuwe huwelijk de actie toekennen. Zij ontkennen wel niet, dat volgens den Code de actie eigenlijk slechts aan de voorkinderen toekomt, maar vatten dit aldus op, dat zij in den persoon van dezen aanvangt, zoodat dan ook de andere kinderen haar kunnen uitoefenen [4]). Zijn dus de voorkinderen allen vooroverleden of hebben zij allen verworpen, dan is voor de actie geene plaats meer, doch hebben zij aanvaard, maar zitten zij tegenover den nieuwen echtgenoot stil of doen van de actie afstand, dan kunnen de andere kinderen haar instellen [5]).

---

1) Cf. no. 6 hiervoor.

Anders echter PAILLET, Manuel du Droit note ad art. 1098.

2) Cf. no. 7 hiervoor.

3) MARCADÉ IV no. 354, V pag. 676.

4) DEMOLOMBE no. 602, die echter mede tot deze conclusie komt op den onjuisten grond, dat de actie zou behooren tot de nalatenschap.

5) LAURENT no. 400. AUBRY en RAU pag. 284. TROPLONG no. 2228.

Volgens DEMOLOMBE, die hier het verst gaat, kunnen dezen dit ook in concurrentie met de voorkinderen.

Ter ondersteuning van hun gevoelen worden hier door de schrijvers aangehaald eenige uitspraken van ULPIANUS [1]).

Billijk is deze leer in het Fransche stelsel ongetwijfeld. Waar alle kinderen van de inkorting profiteeren en daarbij op ieders aandeel gelet moet worden, is er geene reden alleen bij de toekenning der actie van dit pariteitsbeginsel af te wijken. Vreemd is het dus, dat art. 1496 al. 2 uitdrukkelijk slechts voorkinderen noemt. Toch acht ik het geene wetsverkrachting hier ten minste bij het stilzitten der voorkinderen aan de kinderen uit het nieuwe huwelijk de actie toe te kennen, waarvoor trouwens meerdere utiliteitsgronden pleiten. Met DEMOLOMBE echter aan deze laatsten de actie toe te kennen volkomen op denzelfden voet als aan de voorkinderen, komt naar mijne meening in strijd met de uitspraak der wet.

Om in zijne ingestelde actie te slagen is natuurlijk een eerste vereischte, dat men aantoone, dat de daartoe noodzakelijke voorwaarden aanwezig zijn. Zal dit bij art. 1098 als regel niet meer moeilijkheden opleveren dan in elk ander geval van verdeeling eener nalatenschap, anders kan dit worden bij de artt. 1496 en 1527 ingeval van huwelijksgemeenschap. Om hier te bewijzen, in hoeverre van den algemeenen regel van verdeeling bij helfte moet worden afgeweken, zal men onder meer, zooals nader blijken zal, op de herkomst der zaken moeten letten,

---

1) Lex 3 § 2 en Lex 10 § 6 Dig. de Bonorum Possessione contra TABULAS (XXVII 4).

hetgeen met het oog op omstandigheden, die vele jaren vroeger plaatsgrepen, dit bewijs vaak zeer moeilijk zal maken.

De gewone bewijsmiddelen zullen hier gelden, met name ook getuigenbewijs en zelfs dat door bescheiden. Algemeene bekendheid wordt echter uitdrukkelijk als bewijsmiddel verworpen, hetgeen, waar de wet haar niet noemt, vanzelf spreekt [1]).

De actie is voorts als eene gewone vermogensrechtelijke vatbaar voor overdracht en vererving en aan de dertigjarige verjaring onderworpen [2]).

13. Het geoorloofde kindsgedeelte wordt dus berekend uit de nalatenschap van den hertrouwde.

Het tijdstip van diens overlijden wordt derhalve weder in alle opzichten als uitgangspunt aangenomen, niet alleen wat het aantal der kinderen betreft, maar ook wat aangaat den omvang der nalatenschap en de waarde der zaken, waaruit zij bestaat, en in verband daarmede het bedrag van het geoorloofd kindsdeel. Steeds zal hier het eindresultaat, de spil van het geheele beginsel in het oog moeten worden gehouden [3]).

Bij het bedrag der nalatenschap wordt, zooals wij reeds zagen, gevoegd het bedrag der schenkingen, gedaan zonder vrijstelling van inbreng, soms, n.l. indien de legitieme ter sprake komt, van alle schenkingen [4]).

---

1) GUILLOUARD no. 1434.

2) DEMOLOMBE no. 605.

3) DEMOLOMBE nos. 552, 554 e. v. en 592. LAURENT no. 382 e. v. AUBRY en RAU pagg. 272 en 275. MARCADÉ no. 354.

4) Cf. no. 11 hiervoor.

Schenkingen, aan den nieuwen echtgenoot gedaan, moeten alle worden bijgeteld, onverschillig of hier al dan niet vrijstelling van inbreng aanwezig was [1]). Dit laatste is een zuiver uitvloeisel van het beginsel en behoeft weder niet met een beroep op art. 922 verdedigd te worden.

Dat hier voor de overige schenkingen op de regels van inbreng wordt gelet, brengt eveneens art. 1098 mede; immers het kindsgedeelte hangt af van het bedrag der nalatenschap en deze weder van hetgeen moet worden ingebracht.

Werd reeds aangegeven, hoe nu het kindsgedeelte berekend moet worden, op eene afwijking van het oude recht valt hierbij nog te wijzen, ingeval n.l. het eenig voorkind overleden is en meerdere kinderen nalaat, die nu bij plaatsvervulling opkomen.

Volgens de ouderen had de nieuwe echtgenoot dan slechts recht op een kleinkindsgedeelte, daar het beschouwd werd, als kwamen de kleinkinderen hier uit eigen hoofde op [2]).

De nieuweren, die deze laatste beschouwing verwerpen, kennen terecht ook in dit geval aan den nieuwen echtgenoot een kindsgedeelte toe [3]).

Evenals vroeger, wordt ook nu uitgemaakt, dat al geniet een der kinderen minder, het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd deel toch minstens gelijk is aan de legitieme portie, want hierop heeft elk kind recht, zoodat aldus van bovenmatige bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot geen sprake kan zijn [4]).

1) DEMOLOMBE no. 598.

2) Cf. no. 6 hiervoor.

3) DEMOLOMBE no. 585.

4) DEMOLOMBE no. 582.

Het spreekt voorts vanzelf, dat ter berekening van het kindsgedeelte de nieuwe echtgenoot eenvoudig als een kind wordt medegerekend. Legaten worden eerst van het totaal afgetrokken. Natuurlijke wettig erkende kinderen oefenen, doordat zij ook hun erfdeel genieten, hier mede invloed [1]). De gewone regels van erfrecht gelden dus.

Men gaat echter zelfs zoover aan te nemen, dat daardoor ook de legitieme portie verminderd wordt, b. v. zijn er vijf kinderen, dan is deze 3/20, door de aanwezigheid van den nieuwen echtgenoot wordt zij 3/24 [2]), weder eene gevolgtrekking uit de ongemotiveerde vermenging der beide leerstukken, die dus moet worden afgewezen.

Dat de nieuwe echtgenoot hier gewoon als kind wordt medegeteld, heeft ten gevolge, dat de vraag, of deze weer mededeelt in hetgeen op hem wordt ingekort, in strijd met de meening der oudere schrijvers, bevestigend moet worden beantwoord, ongetwijfeld meer in overeenstemming met den geest van het Edit dan de vroegere beslissing in tegengestelden zin. Zelfs de vrees in strijd te komen met art. 921, dat n.l. een niet-legitimaris niet van de inkorting kan profiteeren, zetten de Fransche schrijvers hier van zich af, daar art. 1098 nu eenmaal aan den nieuwen echtgenoot een kindsgedeelte toekent, dat die anders niet krijgen zou, terwijl bovendien de nieuwe echtgenoot hier eigenlijk ook niet van de inkorting profiteert, maar die gedeeltelijk voorkomt [3]).

---

1) DEMOLOMBE nos. 583 en 587.

2) DEMOLOMBE no. 597.

3) DEMOLOMBE no. 599. LAURENT no. 401.

Indien hetgeen aan den nieuwen echtgenoot is opgekomen, bleef beneden de maat van art. 1098, zal dit dan zoonoodig toch nog inkorting moeten ondergaan ter aanvulling van de legitieme portie der kinderen? Ook hierop wordt bevestigend geantwoord, want, zeggen de Fransche schrijvers: „les deux disponibles ne sont pas cumulés," daar zij in den grond een en dezelfde zijn [1]).

Dit laatste argument had weder achterwege kunnen blijven. De eenige reden is hier, dat de beschikking ten behoeve van den nieuwen echtgenoot behoudens het bepaalde bij art. 1098 in niets van de andere verschilt en dus, zoonoodig evenals deze, aan inkorting voor de legitieme portie onderhevig is.

Dat van den anderen kant in de eerste plaats tot aanvulling der legitieme portie wordt aangewend hetgeen de nieuwe echtgenoot te veel heeft ontvangen, ligt volkomen voor de hand: immers hierdoor laat men recht wedervaren aan den regel, dat de wil van den testateur zooveel mogelijk geëerbiedigd moet worden.

Omvat hetgeen op den nieuwen echtgenoot moet worden ingekort, onroerende zaken, dan wordt aan de actie eene zakelijke werking toegekend en dit weder met een beroep op artt. 929 en 930 van den Code [2]). Ook POTHIER, bleek ons, kwam tot dezelfde uitspraak [3]), daar de actie hier zou gericht zijn op het goed zelf.

Noch het eene noch het andere argument komt evenwel

1) DEMOLOMBE no. 566. LAURENT no. 392. AUBRY en RAU pag. 285.
2) DEMOLOMBE no. 605. LAURENT no. 398. AUBRY en RAU pag. 283. Cf. GUILLOUARD no. 1435.
3) Cf. no. 7 hiervoor.

juist voor: het beroep der nieuwere Fransche schrijvers is weder een gevolg van de ten onrechte aangenomen analogie, dat van POTHIER mist nadere motiveering. Veeleer schijnt de bepaling, zooals de Fransche schrijvers haar opvatten, tot eene tegenovergestelde uitspraak te leiden: het komt er slechts op aan, dat de nieuwe echtgenoot niet een te groot bedrag van den hertrouwde ontvangt, naar bepaalde zaken wordt hier niet gevraagd. Hier zal de meening der Fransche auteurs dus weder niet gevolgd mogen worden.

Hetzelfde zal moeten gelden van hetgeen door hen wordt aangenomen, indien aan den nieuwen echtgenoot meer dan het geoorloofd kindsgedeelte in vruchtgebruik of dergelijke is gegeven. Ter voorkoming van moeilijkheden, welke kunnen rijzen bij de beantwoording der vraag, of dit al dan niet te veel is, willen zij aan de kinderen conform art. 917 het recht van keuze toestaan, òf de beschikking uit te voeren òf den nieuwen echtgenoot slechts het geoorloofd kindsgedeelte in vollen eigendom te doen genieten [1]).

In een der volgende Hoofdstukken zal echter nog blijken, dat dit recht van keuze, ten aanzien van de legitieme volkomen op zijne plaats, hier geen reden van bestaan heeft [2]).

14. Nog eene belangrijke vraag, welke nagenoeg alle thans genoemde schrijvers bezighoudt en door hen vrijwel algemeen in denzelfden zin als reeds bij de ouderen wordt

---

1) DEMOLOMBE t. a. p. LAURENT no. 462.

2) Cf. Vijfde Hoofdstuk nos. 13 en 14.

beantwoord, is deze: Mag aan iederen opvolgenden echtgenoot het bij art. 1098 geoorloofd gedeelte opkomen, zoolang n.l. de legitieme der kinderen niet benadeeld is, of geldt de beperking van art. 1098 voor alle opvolgenden te zamen; in het laatste geval, is dan de grens een kindsgedeelte of een vierde der goederen van den hertrouwde?

Ziehier dus drie meeningen, welke alle hunne aanhangers gevonden hebben. Die, welke hier aan alle opvolgende echtgenooten te zamen slechts een kindsgedeelte toekent, heeft ten slotte gezegevierd en is door de voornaamste nieuweren aanvaard [1]). Wel gaf nog een oogenblik twijfel, dat zoowel de Lex Hac edictali zelve als de Code van den nieuwen echtgenoot, stiefvader of stiefmoeder, in het enkelvoud spreekt en slechts het Edit des Secondes Nôces het meervoud bezigt, terwijl voorts art. 1098 aan het slot van „schenkingen" spreekt, dus meer dan één keer zou kunnen bedoelen, maar men stelde hier tegenover, dat de Code blijkens zijne tweede grens van een vierde der goederen nog beperkter wilde zijn dan het Edit, dus zeker geene dubbele bevoordeeling kon beoogen, waar dit laatste het ongetwijfeld ook niet bedoeld had. Art. 1098 zegt dan ook niet: „aan ieder der nieuwe echtgenooten", maar „aan den nieuwen echtgenoot" in het algemeen, terwijl ook het in het meervoud gebezigde woord „schenkingen", hier geen gewicht in de schaal kan leggen, omdat hiermede meerdere schenkingen ten behoeve van denzelfden persoon bedoeld zijn. Terecht wordt hier door

1) Demolombe no. 572. Laurent no. 387. Aubry en Rau pagg. 286—287. Marcadé IV no. 350.

de aanhangers der ook naar mijn oordeel juiste meening niet aan de woorden vastgehouden, die hier geen gewicht in de schaal leggen, maar volgens den geest der bepaling beslist, die met het oog op de bescherming der kinderen ongetwijfeld vordert, dat te hunnen aanzien meerdere opvolgende echtgenooten als een en dezelfde worden beschouwd.

Is dus dubbele bevoordeeling wat den persoon betreft, hier uitgesloten, hetzelfde zal gelden, wat de wijzen van bevoordeeling aangaat.

Uit wat boven gebleken is omtrent de geheele ontwikkeling van het beginsel en de inkleeding daarvan in den Code, staat dit ontwijfelbaar vast.

Dat niet alle schrijvers dit nog eens uitdrukkelijk vermelden, vindt eenvoudig zijn grond hierin, dat het voor hen eene uitgemaakte zaak is, gelijk trouwens reeds uit de woorden der artt. 1098, 1496 en 1527, met elkander in verband beschouwd, logisch volgt.

Eene enkele maal vindt men hierop nog eens in het bijzonder gewezen [1]).

15. Ten slotte moet nog meer in het bijzonder de aandacht worden gewijd aan de artt. 1496 en 1527, de toepassingen van art. 1098 op legale en conventioneele huwelijksgemeenschap.

De verklaring dezer uitbreiding levert onzen schrijvers nog eenig bezwaar op. Art. 1098 toch spreekt van een „donner", bedoelt dus in elk geval beschikkingen om niet, waartegen ook de oorspronkelijke Lex Hac edictali

---

1) LAURENT XXIII nos. 408 en 409.

gericht was. Voorzoover tegenover eene bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot iets anders stond, b.v. bewezen diensten of eene wederkeerige bevoordeeling van den hertrouwden echtgenoot, was er van eene onder het Edit des Secondes Nôces of art. 1098 vallende bevoordeeling nog geen sprake [1]).

Het huwen in gemeenschap van goederen nu kan niet als eene verkrijging om niet worden aangemerkt. Hierover zijn de schrijvers het dan ook eens. Toch stelt de Code het voor de beperking der Lex Hac edictali daarmede gelijk. De juiste grond hiervoor is echter weder geen andere dan dat men letten moet op het eindresultaat der bevoordeeling, onverschillig op welke wijze die heeft plaatsgehad. Aldus ook de uitdrukkelijke uitspraak van art. 1527 van den Code.

Het gaat dus niet aan met het oog op art. 1098 de verkrijging krachtens huwelijksgemeenschap als eene om niet te beschouwen [2]). Ook in onze materie blijft zij te beschouwen als onder bezwarenden titel, doch met het oog op hare gevolgen aan de beperking van art. 1098 onderworpen [3]).

Het argument der ouderen, dat ook hier eene opzettelijke bevoordeeling aanwezig is, omdat men door huwelijksvoorwaarden van de gemeenschap kon afwijken, weegt

---

1) LAURENT XV nos. 396 en 397. AUBRY en RAU pag. 273.

2) Aldus TROPLONG nos. 2211 en 2212. MARCADÉ V pag. 674 (ad art. 1496 I).

3) Aldus juister LAURENT XXIII no. 403 en GUILLOUARD nos. 1429 e. v. Cf. noot 1 op de volgende bladzijde.

dus bij de nieuweren niet meer. Slechts op de einduitkomst moet gelet worden.

Een uitvloeisel hiervan is weder, dat erfenissen en schenkingen, staande huwelijk aan een der echtgenooten opgekomen, anders en juister dan POTHIER en LEBRUN beslissen, mede aan de beperking onderworpen zijn en niet als onverwachte voordeelen bij helfte worden verdeeld [1]).

De uitdrukking „la confusion du mobilier et des dettes," in art 1496 voorkomende, ziet dus niet slechts op de aanbrengsten ten huwelijk, maar mede op wat gedurende het huwelijk werd verkregen [2]).

De staande huwelijk overgelegde winst daarentegen wordt ook volgens den Code bij helfte verdeeld. Weliswaar vindt men dit slechts uitdrukkelijk uitgesproken in art. 1527, dat de conventioneele huwelijksgemeenschappen beheerscht, maar hetzelfde zal naar analogie voor de legale huwelijksgemeenschap in art. 1496 moeten worden aangenomen [3]).

Dit zal dus gelden, al is aan beide zijden in ongelijke mate tot die winst bijgedragen, want deze winst spruit voort uit inkomsten, die inzonderheid zijn bestemd om door de beide echtgenooten te worden verteerd en, waar dit niet geschiedde, zijn beiden daartoe gelijkelijk gerechtigd. Maar verder dan tot eene verdeeling bij helfte, strekt zich dat onttrokken zijn aan art. 1098 weder niet

1) TROPLONG no. 2214. LAURENT t. a. p. no. 407. GUILLOUARD nos. 1432 en 1441.

2) LAURENT en GUILLOUARD t. a. p.

3) TROPLONG no. 2214. MARCADÉ t. a. p. pag. 675 (ad art. 1496 II). LAURENT no. 406. AUBRY en RAU pag. 274. GUILLOUARD no. 1433.

uit. De helft aan den hertrouwden echtgenoot toekomende, is, zooals aanstonds blijken zal, mede te beschouwen deel uit te maken van de goederen, bedoeld in art. 1098.

Vandaar dat alle bedingen daaromtrent weder aan art. 1527 zijn onderworpen. Zoo zal b. v. een beding, dat de geheele winst aan den nieuwen echtgenoot zal toekomen, zoo deze aldus meer zou genieten dan de in art. 1098 gestelde maat, ongeoorloofd zijn [1]).

Over de verliezen, hetgeen staande huwelijk is ingeteerd, spreekt de Code niet en ook de schrijvers gaan daarop niet in. Men kan zich dus afvragen, hoe hunne opvatting hieromtrent is, doch deze vraag is in dit verband van weinig belang, daar onze wet, zooals uit art. 240 B. W. blijkt de kwestie uitdrukkelijk heeft geregeld.

Bij de toepassing van artt. 1496 en 1527 moet overigens uitgangspunt blijven hetgeen is uitgedrukt door GUILLOUARD [2]) n.l. dat, eenmaal aangenomen, dat het huwen in gemeenschap van goederen ten aanzien van de voorkinderen op ééne lijn wordt gesteld met schenking, art. 1496 (en dus ook art. 1527) niet meer behoort bij het huwelijksgoederenrecht, maar onder art. 1098, dus bij de beschikkingsbevoegdheden tusschen echtgenooten, en dezelfde kwesties doet ontstaan.

Alles komt dus weder aan op eene juiste toepassing van art. 1098. Allereerst is hiervan een gevolg, dat de huwelijksgemeenschap ook in tweede of verder huwelijk krachtens den Code in niets verschilt van die in eerste

1) AUBRY en RAU pag. 275. GUILLOUARD nos. 1624—1625.

2) GUILLOUARD no. 1431.

huwelijk. Volkomen dezelfde regelen gelden voor beide ook wat betreft de ontbinding. De verdeeling bij helfte krachtens art. 1474 blijft ook hier hoofdregel en op dit laatste mag, gelet op de in onze praktijk ontwikkelde leer, nog wel eens uitdrukkelijk gewezen worden. Slechts kan na het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, indien daartoe termen zijn, door de kinderen de actie tot inkorting worden ingesteld krachtens art. 1496 of art. 1527, beide in verband met art. 1098, of wel kan door de kinderen op dit laatste artikel bij wege van exceptie een beroep worden gedaan. Gebeurt het een of ander niet, dan is van eene toepassing der geheele bepaling geen sprake [1]).

Wordt derhalve de huwelijksgemeenschap ontbonden door eenige andere oorzaak dan het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, b.v. door dat van den nieuwen echtgenoot, door scheiding van goederen enz., dan heeft eenvoudig eene verdeeling van de massa der gemeenschap bij helfte plaats, zonder dat nog van eenige inkorting sprake is.

Bij de Fransche schrijvers spreekt dit krachtens hunne geheele opvatting der bepaling zoo vanzelf, dat zij eigenlijk niet meer noodig achten dit uitdrukkelijk te vermelden: in de zooeven aangehaalde woorden van GUILLOUARD ligt het overigens ondubbelzinnig opgesloten: alles komt hier neder op de actie van art. 1098, die toekomt aan

1) Aldus ook rechtbank Hoorn 21 Febr. 1872 opgenomen in P. W. 6160 ten aanzien van een huwelijkscontract, onder vigeur van den Code aangegaan, door welke uitspraak het Bestuur der Registratie in het ongelijk werd gesteld.

de kinderen als erfgenamen en wier provenu ten goede komt aan de nalatenschap.

Hieruit vloeit ook weder voort, dat wat betreft den omvang der huwelijksgemeenschap en de waarde, die aan hare bestanddeelen moet worden toegekend, enz., slechts het tijdstip van overlijden van den hertrouwden [1]) echtgenoot als uitgangspunt kan strekken. Evenals wij het reeds zagen bij de Oud-Fransche schrijvers [2]), heeft men zich ook hier, waar de beperking van art. 1098 ten aanzien van eenige huwelijksgemeenschap wordt ingeroepen, weder af te vragen, in hoeverre er een genieten door den nieuwen echtgenoot uit de goederen van den hertrouwde, als in art. 1098 bedoeld, aanwezig is.

Geen sprake is hiervan, waar de nieuwe echtgenoot krachtens de huwelijksgemeenschap ontvangt een bedrag, gelijkstaande met de helft der overgespaarde winst, vermeerderd met de waarde van hetgeen hij zelf in de huwelijksgemeenschap heeft aangebracht of met hetgeen hem staande huwelijk door erfenis of sehenking enz. is opgekomen. Zou hij door de verdeeling bij helfte echter meer ontvangen, dan is dit meerdere eene bevoordeeling,

---

1) Alleen in het geval van eene ontbinding der huwelijksgemeenschap vóór het overlijden van den hertrouwde, welke dus bij helfte is verdeeld, moet ter bepaling van het bedrag der huwelijksgemeenschap en daarmede samenhangende bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot, welke dan heeft plaatsgehad, het tijdstip dier ontbinding als uitgangspunt worden aangenomen. Voor de oplossing der vraag echter, hoe groot die bevoordeeling mag zijn, geldt als eenig en algemeen uitgangspunt het tijdstip van des hertrouwden overlijden.

Cf. Vierde Hoofdstuk nos. 6, 11, 13 en 18 e. v.

2) Cf. no. 8 hiervoor.

als in art. 1098 bedoeld, en aan de daar gestelde maat gehouden.

Wordt deze maat door de verdeeling bij helfte echter nog niet overschreden, dan kan daarop op geenerleiwijze worden teruggekomen, in het omgekeerde geval echter wel.

Ter vaststelling nu van die maat zal men zich weder hebben te denken eene nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot en zulks met inachtneming van het eindresultaat, dus in zooverre onafhankelijk van zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap.

Hiertoe zal dus niet alleen behooren, wat de hertrouwde van zijne zijde in de huwelijksgemeenschap heeft aangebracht of staande huwelijk heeft geërfd of verkregen, maar eveneens de aan hem toekomende helft der overwinst, die ieders vermogen met zoodanig bedrag vergroot [1]), en evenzoo de waarde van alwat als zijn privé vermogen aan die huwelijksgemeenschap is onttrokken gebleven, b.v. het onroerend goed bij de legale huwelijksgemeenschap van den Code, dat zonder eenigen twijfel hier medegerekend moet worden [2]).

Uit het aldus verkregen totaal, dat derhalve als de in art. 1098 bedoelde nalatenschap moet worden aangemerkt, wordt op de boven aangegeven wijze het kindsgedeelte berekend, terwijl dan verder moet worden gehandeld gelijk zooeven is uiteengezet.

Is al hetgeen thans ten aanzien van de huwelijksge-

---

1) TROPLONG no. 2230. LAURENT XXIII no. 409.

Mede blijkt dit uit P. W. 2517, waar het gold eene huwelijksgemeenschap, aan den Code onderworpen.

2) LAURENT t. a. p. no. 405.

meenschap is opgemerkt, volkomen logisch, ééne conclusie, waartoe de Fransche schrijvers krachtens hetgeen boven is uiteengezet moeten komen, zal weder niet aanvaard kunnen worden, n.l. deze, dat de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap, gelijk de verkrijgingen om niet, geacht wordt de legitieme portie der kinderen te verminderen, en dus op denzelfden voet als schenkingen zoo noodig ter aanvulling der legitieme zal worden ingekort. Schenkingen van jongeren datum dan de voltrekking des huwelijks zullen dus c. q. eerder worden ingekort, schenkingen van ouderen datum daarentegen pas later.

Ook dit is echter weder te beschouwen als een uitvloeisel van het te ver doorgevoerd verband van het leerstuk der legitieme met dat, hetwelk ons hier bezighoudt, en mist zijnen grond. Neemt men n.l. eenmaal aan, dat het huwen in gemeenschap van goederen is te beschouwen als een contract onder bezwarenden titel, dat slechts krachtens positieve wetsbepaling met het oog op tweede en verder huwelijk wordt geacht te zijn eene bevoordeeling, dus een contract om niet, dan zal het ten aanzien van de legitieme niet als gift te behandelen zijn en blijven, wat het uit zijn aard is.

16. Aldus heeft zich het beginsel der Lex Hac edictali in Frankrijk ontwikkeld.

Uit het voorgaande zal wel gebleken zijn, dat de opneming daarvan in den Code tot een logisch stelsel heeft geleid, waaraan historische waarde kan worden toegekend, terwijl, waar de oudere rechtsopvattingen hier gewijzigd werden, dit veelal strekte tot een juister wedergeven dan tot een miskennen van het oorspronkelijk beginsel.

Alleen wat betreft de aansluiting bij het rechtsinstituut der legitieme portie, die hier door de uitleggers van den Code met zooveel klem verdedigd wordt, verlaat hun stelsel weder de historische lijn en zal men dus hunne opvatting en de daaruit voortvloeiende consequentiën niet mogen aanvaarden, daar zij inderdaad voldoenden grond missen.

Indien de legitieme portie der kinderen is verkort, moet men haar natuurlijk recht doen wedervaren, maar voor het overige kan men haar hier veilig terzijde laten. Waar men somwijlen tusschen de beide leerstukken analogie meent aan te treffen, spruit deze veeleer uit het beginsel der Lex Hac edictali zelf voort dan uit den invloed, welken hier het leerstuk der legitieme zou oefenen, zoodat in vele gevallen door de Fransche schrijvers eene logische beslissing wordt gegeven, die echter op verkeerde gronden rust.

Mede had ik reeds gelegenheid te wijzen op het m. i. minder juiste der opvatting, als zou de actie tot inkorting, in artt. 1098 en 1527 bedoeld en in art. 1496 uitdrukkelijk uitgesproken, hier tot de nalatenschap behooren. Ook aldus wordt naar mijne meening het historisch beginsel miskend, dat de actie slechts toewijst aan de kinderen, zij het dan ook voorzoover zij van den hertrouwde genieten, maar niet aan de erfgenamen qua talis.

In de volgende Hoofdstukken rest nu de vraag te beantwoorden, hoe naar onze wet hetzelfde beginsel moet worden opgevat en hoe, in verband met het antwoord hierop, voor de verdere toepassing naar ons tegenwoordig recht moet worden beslist.

Wat het Oud-Vaderlandsch recht te dezen opzichte betreft, hiervoor zij allereerst verwezen naar wat daaromtrent reeds in het Eerste Hoofdstuk werd opgemerkt [1]).

Dat het thans niet verder ter sprake kwam, vindt vooral zijn grond hierin, dat, zooals nader blijken zal, nagenoeg uitsluitend de Code, het Fransche recht dus, hier als leiddraad voor de bepalingen van ons Burgerlijk Wetboek heeft gestrekt. Bovendien heeft het beginsel ten onzent nooit zoo algemeen en onverdeeld gegolden als in Frankrijk en hebben onze Oud-Vaderlandsche rechtsgeleerden er dus niet zulke in bijzonderheden uitgewerkte beschouwingen aan gewijd. Toch blijkt uit hetgeen daaromtrent door hen wordt medegedeeld, in de hoofdpunten althans, geene afwijkende opvatting van hunne Fransche collega's.

Zoo zien ook zij in eene te groote bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot geene nietige beschikking, maar slechts eene, welke na het overlijden van den hertrouwden echtgenoot op vordering der voorkinderen onderhevig is aan inkorting [2]).

De bepaling, zooals deze ook was vervat in art. 10 der Utrechtsche Constitutie van 1659, werd tot het statutum reale gebracht [3]). In geen geval was te dezen opzichte dus van eene persoonlijke onbevoegdheid van den hertrouwden echtgenoot en daarmede samenhangende nietigheid van eene beschikking, die de geoorloofde maat overschreed, sprake.

---

1) Cf. Eerste Hoofdstuk nos. 5 en 6.
Zie ook Tweede Hoofdstuk no. 4.

2) Cf. Mr. WILDE in Rechtsgel. Magazijn 1901 Afl. 4 bl. 370.

3) WILDE t. a. p. bl. 368.

Het onderscheid met de legitieme portie wordt ook duidelijk in het oog gehouden, terwijl evenals door de Oud-Fransche schrijvers, wordt aangenomen, dat hetgeen hier wordt ingekort, niet geïmputeerd wordt op de legitieme, die vrij en onverkort daarnevens aan de kinderen toekomen moet [1]).

In het Eerste Hoofdstuk bleek ook reeds, in hoeverre de huwelijksgemeenschap aan de beperking werd onderworpen geacht. In het bijzonder wordt er door de schrijvers op gewezen, dat de staande huwelijk gemaakte winst steeds hieraan blijft onttrokken, echter zooals sommigen weder terecht aannemen, niet onvoorwaardelijk, daar de nieuwe echtgenoot niet krachtens huwelijkscontract de geheele winst zal mogen genieten, doch hoogstens de helft en een kindsgedeelte in de wederhelft, welke laatste meening inzonderheid verdedigd wordt met een beroep op de algemeene bewoordingen van de Utrechtsche constitutie van 1659 [2]).

Ook bij onze Oud-Vaderlandschc schrijvers blijkt dus weder geene van de algemeen omtrent het beginsel gehuldigde, afwijkende opvatting.

Hiermede zal volstaan kunnen worden om tot de behandeling onzer tegenwoordige wet over te gaan.

---

1) VOET, Comm. ad Pandectas 23. 2. (de ritu nuptiarum) no. 111.

2) WILDE t. a. p. bl. 363.

## DERDE HOOFDSTUK.

# Het Stelsel van het Burgerlijk Wetboek.

---

1. Om tot een duidelijk inzicht te geraken, wat ons Burgerlijk Wetboek met zijne bepalingen omtrent het beginsel der Lex Hac edictali bedoeld heeft, is het onvermijdelijk op de totstandkoming daarvan nog eens nader het oog te slaan.

Het eerste Wetsontwerp, dat na het herstel onzer onafhankelijkheid de Kamer bereikte, dat van 1820, bevatte, zooals bekend is, door toedoen van KEMPER, die daaraan wel het voornaamste aandeel had, nog veel Oud-Vaderlandsch recht.

Ook wat de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot aangaat, week het van den Code af. In art. 417 werden slechts schenkingen, door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot gedaan, tot een kindsgedeelte der nalatenschap van den eerste beperkt. Bevoordeeling door huwelijksgemeenschap bleef echter krachtens art. 419 aan deze beperking uitdrukkelijk onttrokken.

Den afdeelingen der Tweede Kamer was zulks evenwel niet naar den zin. Zij oordeelden terecht, dat het beginsel der Lex Hac edictali hier zonder reden werd miskend

en bovenmatige bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot nu toch nog veelal door huwelijksgemeenschap zou plaatshebben, zoodat art. 417 illusoir werd gemaakt.

Vandaar dat men in plaats van de bepaling van art. 419 eene regeling wenschte, zooals die in den Code gegeven was: ééne afdeeling noemde hier art. 1527 al. 3, eene andere art. 1496.

In elk geval blijkt hieruit, dat men, wat de huwelijksgemeenschap betreft, weder de regeling van den Code verlangde [1]).

Bij het Ontwerp van 22 Maart 1822 gaf de Regeering hieraan gevolg. In het eerste artikel van dit Ontwerp werd voor de schenkingen bij huwelijksvoorwaarden het beginsel der Lex Hac edictali uitgesproken.

Dit artikel is nagenoeg gelijkluidend met art. 1098 van den Code. Raadpleegt men eene Hollandsche vertaling van dezen van 1810, dan ziet men, dat art. 1098 daarin volkomen op dezelfde wijze is geredigeerd. Wat hierbij ook in het bijzonder de vermelding waard is, is dat het woord „biens" van art. 1098 is vertaald door „boedel". Bij de behandeling van art. 236 zal er gelegenheid zijn hierop nader terug te komen [2]).

In het laatste of vierde artikel van het Ontwerp van 1822 werd ook de wettelijke gemeenschap, toen nog die van roerende goederen en schulden, aan de beperking, in art. 1 ten aanzien van schenkingen bij huwelijksvoorwaarden gesteld, onderworpen, en dit door eene bepaling, die

---

1) VOORDUIN II bl. 412—413. NOORDZIEK, 1821—1822 I bl. 318 e. v.

2) Cf. no. 5 hierna en het Vierde Hoofdstuk nos. 22 en 23.

niet anders is dan eene letterlijke vertaling van art. 1496 al. 2 van den Code. Legt men weder art. 4 van het Ontwerp van Maart 1822 en art. 1496 al. 2 van eene Hollandsche vertaling van den Code van 1810 naast elkander, dan ziet men, dat de beide bepalingen gelijkluidend zijn. Alleen is aan het slot van art. 4 van het Ontwerp van Maart 1822 bijgevoegd, dat hetgeen wordt ingekort, in de nalatenschap zal vallen, zoodat aldus uitdrukkelijk in de wet is opgenomen hetgeen onder den Code reeds zoo werd opgevat.

Op verzoek van eene der afdeelingen werd bij het Ontwerp van 17 Juni 1822, dat het vorige verving, de bepaling uitgestrekt tot de conventioneele huwelijksgemeenschappen, door de uitdrukking „wettelijke gemeenschap" te veranderen in „eenige gemeenschap" [1]).

Aldus was aan de wenschen van alle afdeelingen tegemoetgekomen en het stelsel van den Code in dezen ook in onze wet vastgelegd, hetgeen zoowel uit de redactie der desbetreffende bepalingen als uit de motieven voor de indiening daarvan door de Regeering en voor de aanneming door de Kamer overtuigend blijkt [2]).

Wat de huwelijksgemeenschap betreft, had men dus op zoodanige wijze aan het verlangen der afdeelingen voldaan, dat men de bepaling van artt. 1496 en 1527 van den Code, omtrent de legale en de conventioneele gemeenschap dus, in één artikel, gelijkluidend met art. 1496, had samengevat,

---

1) VOORDUIN t. a. p. bl. 414.

2) Cf. ook de rede van NICOLAÏ van 9 Juli 1822 bij VOORDUIN t. a. p. bl. 418 en NOORDZIEK t. a. p. bl. 318.

welk artikel, evenals art. 1496 naar art. 1098, terugwees naar het eerste artikel van het Ontwerp, waarbij op de wijze van art. 1098 schenkingen aan den nieuwen echtgenoot beperkt werden, zij het dan ook, dat hier slechts schenkingen bij huwelijksvoorwaarden werden genoemd, terwijl in den Titel van Testamentair Erfrecht eene zelfde bepaling werd opgenomen voor bevoordeeling bij uitersten wil, weder gelijkluidend met art. 1098 van den Code [1]).

Uit dit alles blijkt, dat men vóór 1830 ten onzent niet wilde afwijken van het Fransche stelsel, dat men dus eene bovenmatige bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot, op welke wijze dan ook ontstaan, slechts beschouwde als vatbaar voor inkorting op vordering der voorkinderen, doch overigens onaantastbaar, en dat voordeel, voortspruitende uit huwelijksgemeenschap, hier weder op éène lijn werd gesteld met dat, uit schenking voortvloeiende, en dus evenals dit laatste eerst in oogenschouw werd genomen, nadat bij het overlijden van den hertrouwde op de inkorting van het bovenmatig voordeel beroep is gedaan.

Het Wetboek van 1830 bracht hierin geene verandering: de artt. 309—312 vervingen hier het Ontwerp van 1822 en het artikel, dat de bevoordeeling bij uitersten wil beheerschte, bleef mede onveranderd. Het stelsel van den Code bleef dus ook toen nog gehandhaafd.

2. Bij de omwerking van het Burgerlijk Wetboek, na 1830 ondernomen, kwam hierin eenige wijziging.

---

1) Art. 26 van het Ontwerp van 2 December 1824 (gew. 28 Januari 1825).

Cf. no. 2 hierna in fine.

In den omgewerkten Titel omtrent het vermogensrecht bij tweede of verder huwelijk, in 1832 zonder nadere motiveering bij de Tweede Kamer ingediend en door deze zonder opmerkingen omtrent die omwerking aangenomen, werd het artikel omtrent bevoordeeling door eenige huwelijksgemeenschap hoofdbepaling en uitgangspunt.

De reden hiervan, hoewel niet uitdrukkelijk genoemd, ligt voor de hand. Na 1830 was weder de algeheele gemeenschap van goederen, zooals deze voorheen ook in onze voornaamste gewesten gegolden had, in het huwelijk als algemeene regel aangenomen, in tegenstelling met het Fransche recht, waar zij lang niet zoo veelomvattend en algemeen de eerste plaats innam [1]),

Wat was nu natuurlijker dan dat de wetgever, evenals hij bij de voorafgaande behandeling van het huwelijksvermogensrecht de wettelijke gemeenschap van goederen en vervolgens zelfs de bedongen gemeenschappen vóór de schenkingen bij huwelijksvoorwaarden behandelde, ook hier aan deze methode getrouw bleef en dus in de eerste plaats eene bepaling opnam, die de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap regelde, welke hij zich het normale en meest voorkomende geval dacht.

Men kan zich echter afvragen, of het niet logischer ware geweest het vroegere systeem te behouden. Indien men n.l. overweegt, dat de bevoordeeling door eenige huwelijksgemeenschap veel later dan de wijzen van verkrijging om niet aan het beginsel is onderworpen en men daarbij steeds deze laatste als uitgangspunt behield, komt

1) Evenzoo Mr. FRIJLINCK in Themis, 1870 bl. 337 noot.

men tot de conclusie, dat onze wetgever, waar hij blijkbaar niet van inzichten veranderd is, beter had gedaan ook de wijze van behandeling van den Code te blijven volgen. In het vervolg zal blijken, dat aldus meer dan éene onjuiste opvatting zou voorkomen zijn [1]).

Toch bleef de wetgever van 1832 nog vasthouden aan de redactie der vroegere hoofdbepaling, de beperking der bevoordeeling door schenkingen bij huwelijksvoorwaarden, en daarmede aan art. 1098 van den Code. Bij vergelijking der beide artikels blijkt dit duidelijk.

Art. 1098 zegt: „De hertrouwde echtgenoot met voorkinderen uit een vroeger huwelijk mag aan den nieuwen echtgenoot niet meer geven dan een kindsgedeelte" enz., art. 2 van het Ontwerp van 1832, ons tegenwoordig art. 236: „Tengevolge van eenige huwelijksgemeenschap kan aan den nieuwen echtgenoot geen meerder voordeel opkomen" enz.

Natuurlijk kon de wetgever hier niet meer spreken van een geven door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot, want hier had de bevoordeeling vanzelve plaats uit kracht der gemeenschap van goederen, zonder eene uitdrukkelijke handeling van hem, van wien die bevoordeeling uitging.

Ook hier dus geene afwijking van den Code [2]), hetgeen mede blijkt uit de tweede alinea van het bewuste artikel, die weder met dezelfde redactie als art. 4 van het Ontwerp

---

1) Cf. nos. 5 en 6 van dit Hoofdstuk.

2) Wat enkele schijnbare afwijkingen op ondergeschikte punten betreft, hierop kan beter in de volgende nos. worden teruggekomen.

van 1822 in fine, dus ook als art. 1496 al. 2 van den Code, over de actie tot inkorting handelt, welke in het artikel over bevoordeeling bij huwelijksgemeenschap aan de voorkinderen wordt toegekend, een beroep op de inkorting der bovenmatige bevoordeeling derhalve weer, eerst na des hertrouwden overlijden.

En als om zijne bedoeling nog te cursiveeren laat de wetgever bij wijze van entrée en matière een afzonderlijk artikel vooropgaan, het tegenwoordig art. 235, dat feitelijk correspondeert met de eerste alinea van art. 1496 van den Code, en waarin uitdrukkelijk vermeld wordt, dat ook in tweede en verder huwelijk van rechtswege de gewone algeheele gemeenschap zal bestaan.

Dat het derde artikel, thans art. 237, hetwelk waakte tegen overmatige bevoordeeling bij huwelijksvoorwaarden, — en gelet op de duidelijke bewoordingen, in verband ook met die van het zooeven behandeld artikel, het tegenwoordig art. 236 en van art. 1 van de Ontwerpen van 1822, is het duidelijk, dat hier de schenkingen bij huwelijksvoorwaarden zijn bedoeld, — nu niet in eene overbodige herhaling behoefde te vervallen en dus weder op verkorte wijze op de nieuwe hoofdbepaling kon terugslaan, spreekt van zelf. Toch blijkt ook hier eene analoge redactie met art. 1 van de Ontwerpen van 1822, waarvan het is afgeleid, en dus weder met art. 1098 van den Code.

De twee volgende artikels, die over bevoordeeling door zijdelingsche wegen handelen en gelijkluidend zijn met de artt. 1099 en 1100 van den Code, doch hier verder niet afdoen, buiten beschouwing gelaten, wordt door den wetgever in een nieuw door hem opgesteld slotartikel een

beginsel gecodificeerd, dat, zooals wij zagen, toch reeds algemeen werd aangenomen, n.l. dat winst en verlies, — want ook het laatste wordt hier uitdrukkelijk genoemd, — in het nieuwe huwelijk niet zijn onderworpen aan de in de vorige artikels gestelde beperking, doch, behoudens afwijkend beding bij huwelijksvoorwaarden, bij helfte worden verdeeld.

Aanvankelijk zou men uit de plaatsing en nieuwe opneming, eerst in 1832, wellicht geneigd zijn dit artikel op te vatten als slechts te bedoelen de gemeenschap van winst en verlies, gelijk ook door sommigen inderdaad gedaan is en ook taalkundig wel uit de minder gelukkige redactie zou zijn af te leiden. Ook uit den Code zou men een argument voor deze meening kunnen putten, daar hier de analoge bepaling slechts voor het geval van eenige conventioneele en niet bij de legale gemeenschap is opgenomen. Bij de beschouwingen omtrent het Fransche recht bleek echter reeds, dat zoowel onder den Code als in het vroeger geldend recht hetzelfde beginsel op de legale gemeenschap werd toepasselijk geacht, terwijl eene gelijke opvatting ook in het Oud-Vaderlandsch recht aan het licht kwam.

Het ligt dus volkomen voor de hand, dat onze wetgever van 1832 met dit slotartikel uitdrukkelijk eene ruime toepassing beoogde en het als eene bepaalde afwijking wilde doen gelden van art. 236.

In geen geval zàl dus de meening aanvaard mogen worden van hen, die het uitsluitend op de gemeenschap van winst en verlies of van vruchten en inkomsten toepasselijk achten, en bij de wettelijke gemeenschap de

winst, staande huwelijk gemaakt, mede aan de beperking willen onderworpen zien [1]).

Aldus werd het Ontwerp van 1832 zonder eenige discussie, althans wat de hoofdbeginselen betrof, door de Kamers aangenomen en zoo luidt dus ook onze tegenwoordige Titel omtrent het Huwelijksvermogensrecht in tweede of verder huwelijk.

Het beperkend artikel voor uiterste wilsbeschikkingen, ons tegenwoordig art. 949, bleef onveranderd, gelijk het als art. 26 van het Ontwerp van den Twaalfden Titel van het Tweede Boek B. W. Van Uiterste Willen van 24 October (gewijzigd 22 December) 1823, en van 2 December 1824 (gewijzigd 28 Januari 1825) woordelijk gelijk aan art. 1098 van den Code luidde. De plaats is wellicht minder gelukkig gekozen in eene Afdeeling, welke handelt van de bekwaamheid om bij uitersten wil te beschikken en daaruit te genieten. Toch mag men zich daardoor niet op een dwaalspoor laten brengen en wijst veeleer alles er op, dat ook hier aansluiting bij het stelsel van den Code bedoeld is.

3. Uit al het voorgaande valt, dunkt mij, ondanks het gebrek aan toelichting van Regeeringswege en van gedachtenwisseling in de Kamer omtrent de reden en den aard der in 1832 voorgestelde wijziging, toch gemakkelijk op te maken, in welk licht men haar beschouwen moet, n.l. slechts als eene logische omzetting der wetsbepalingen, gepaard aan eene nadere uitdrukkelijke regeling van

---

1) Aldus b. v. C. VAN BELL, Onderzoek nopens eenige punten betrekkelijk de wetgeving in tweede of verder huwelijk. Rotterdam 1841.
Cf. inzonderheid bl. 10 e. v.

een paar punten, maar overigens niet afwijkend van het oorspronkelijk Ontwerp, dat op zijne beurt niet anders beoogde dan eene aansluiting in dezen bij het Fransche recht, zooals wij dit in het vorig Hoofdstuk leerden kennen.

Voor hem, die daarentegen in deze wijziging eene verandering van stelsel ziet, zal ten volle de regel gelden, dat hij, die beweert, moet bewijzen, en men kan zich afvragen, vanwaar steekhoudende argumenten voor deze laatste bewering zouden zijn aan te halen.

De weinige woorden, in 1832 hieromtrent gewisseld, duiden veeleer op het behoud van het bestaande dan op de invoering van een nieuw en tot dusver onbekend stelsel. Conclusie hieruit zal dus zijn, dat ook naar ons Burgerlijk Wetboek het beginsel der Lex Hac edictali is ingekleed, niet in den vorm van een voorschrift van dwingenden aard, dat ingeval van overtreding in zooverre nietigheid der handeling en dus onbestaanbaarheid der bevoordeeling tengevolge heeft, doch veeleer in den vorm van eene beperkende bepaling, waarop, indien de grenzen, aan de bevoordeeling gesteld, zijn overschreden, eerst na des hertrouwden overlijden een beroep kan worden gedaan, terwijl vóór dien tijd en ook dan, wanneer dit beroep achterwege blijft, op hetgeen eenmaal heeft plaatsgehad, niet kan worden teruggekomen.

Ten aanzien van de huwelijksgemeenschap volgt hieruit: Vooreerst, dat, zoolang deze stand houdt, zij in niets van die in eerste huwelijk verschilt, hetgeen door de wet ten overvloede in art. 235 wordt uitgedrukt: het karakter der gezamende hand, het een en ondeelbaar aan beide echtgenooten toebehoorend vermogen is ook hier aanwezig.

In de tweede plaats vloeit hieruit voort, dat ook bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap alles gaat naar de algemeene regelen, derhalve, ingeval tot scheiding wordt overgegaan, er conform art. 183 eene verdeeling bij helfte moet plaats hebben, tenzij weder na des hertrouwden overlijden door de voorkinderen de beperking wordt ingeroepen, hetgeen dus bij eene vroegere ontbinding der gemeenschap nimmer geschieden kan. In dit laatste geval zal de actie van art. 236 al. 2 eerst bij het overlijden van den hertrouwde ontvankelijk worden en ter uitvoering daarvan, ter vaststelling dus van de maat, aan de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot gesteld, de toestand ook naar dit laatste tijdstip worden beoordeeld, want voor de toepassing van het beginsel moet alleen de einduitkomst der bevoordeeling in het oog gehouden en daarnaar de berekening gemaakt worden [1]).

Het is mogelijk, dat op deze wijze voor de kinderen soms nadeel ontstaat, indien n.l. op den nieuwen echtgenoot of diens erfgenamen, die eerst de helft der huwelijksgemeenschap ontvingen, later moet worden ingekort en dezen niet meer bij machte blijken het te veel genoten bedrag op te leveren, maar toch eischt het m. i. juiste stelsel, ter wille van eene zuivere toepassing van het beginsel, zoo noodig ook deze consequentie te

---

1) Om echter vast te stellen, welk voordeel de nieuwe echtgenoot inderdaad reeds genoten heeft, b. v. door eene vroegere verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte, of door zoodanige verdeeling genieten zou, moet het tijdstip van ontbinding, die aan de scheiding ten grondslag ligt, als uitgangspunt worden aangenomen.

Cf. Vierde Hoofdstuk nos. 6, 11, 13 en 18 e. v.

aanvaarden. Vóór het overlijden van den hertrouwde toch is onmogelijk uit te maken, of en in hoeverre de beperking moet toegepast worden.

4. De vraag rijst thans: Heeft men onze wetsartikels ook inderdaad zoo opgevat of is men daaraan eene andere beteekenis gaan toekennen?

Het antwoord hierop moet, voor de praktijk althans, luiden in laatstbedoelden zin. Den stoot hiertoe gaf vooral het bekende arrest van den Hoogen Raad van 23 Maart 1849 [1]), waarin zonder nadere motiveering en ondanks het krachtig pleidooi voor de boven verdedigde meening van den advocaat der verliezende partij, Mr. WINTGENS [2]), de historische wording en daarmede het stelsel onzer wetsartikels wordt miskend. Toch vindt men meer dan éène uitspraak van gezaghebbende schrijvers uit den tijd der invoering van ons Burgerlijk Wetboek en kort daarna, die onomwonden het stelsel van den Code ook voor onze wet verdedigen.

In de eerste plaats kan hier vermeld worden de uitspraak van ASSER [3]), die als Secretaris der Commissie van Redactie van het Burgerlijk Wetboek wel geacht mag worden van des wetgevers bedoeling ook op dit punt op de hoogte te zijn geweest. Hij begint met er aan te herinneren, dat de voorkinderen zich staande huwelijk wel niet tegen overmatige bevoordeeling door boedelmenging kunnen verzetten, maar dat zij bij het openvallen der

---

1) W. v. h. R. 1010.

2) Opgenomen in W. v. h. R. 1013.

3) Mr. C ASSER, Vergelijking van het Burgerlijk Wetboek met den Code Civil § 157.

erfenis van den hertrouwden echtgenoot van hetgeen de nieuwe echtgenoot aldus te veel zou genieten de vermindering of inkorting kunnen vorderen en dit dan in de nalatenschap zal vallen.

Duidelijk blijkt hier dus weder het stelsel van den Code: alles komt neder op eene actie tot inkorting ingeval van bovenmatige bevoordeeling in te stellen na des hertrouwden overlijden.

Nog sterker drukt zich uit LIPMAN [1]), waar hij zegt, dat onze tegenwoordige wetsartikels, behalve verbeterde orde en geheele verplaatsing volkomen overeenstemmen met het Fransche recht. Boven [2]) werd er reeds op gewezen, dat men zich ook door de plaatsing van art. 949 niet op een dwaalspoor mag laten brengen, wat betreft de opvatting der wet in dezen 'omtrent bevoordeeling bij uiterste wilsbeschikking, en werd de plaats, aan dit artikel toegewezen, minder gelukkig gekozen genoemd. Juister ware wellicht dit artikel als afzonderlijke slotbepaling achter de Tweede Afdeeling van den Twaalfden Titel geplaatst, op de wijze, zooals art. 1496 in den Code. Nu men het echter in eene Afdeeling zelve onder dak wilde brengen, kan niet ontkend worden, dat dan de betrekkelijke nog het best gekozen is: al kan men hier niet van eene onbekwaamheid van den hertrouwden echtgenoot spreken, toch belet het later beroep op de inkorting hem aan den nieuwen echtgenoot onaantastbaar het vol beschikbaar deel te maken.

---

1) Mr. LIPMAN, „Het Burgerlijk Wetboek" ad art. 236.

2) Cf. no. 2 hiervoor in fine.

Dat dit artikel dan ook bij zijne aanneming in denzelfden zin is opgevat als de overige, blijkt overtuigend uit eene desbetreffende aanteekening van het bekende Kamerlid Daam Fockema, gevonden in diens politieke nalatenschap [1]).

Hij merkt op, dat na het artikel voorzieningen omtrent zijdelingsche wegen en tusschenbeide komende personen, gelijk de artt. 1099 en 1100 van den Code, ontbreken, en geeft dan als zijn gevoelen te kennen, dat art. 34 van het Ontwerp, ons tegenwoordig art. 958, hier niet van toepassing is, omdat in art. 26 van het Ontwerp, dus art. 949, geen sprake is van onbevoegdheid om te erven noch van nietigheid, maar van eene bevoegdheid tot zekere hoeveelheid en vermindering eventueel tot dit bedrag.

Daargelaten of die opmerking aangaande de niet toepasselijkheid van art. 958 juist is, blijkt ook hieruit toch weder de juiste opvatting omtrent den aard van art. 949.

Mede blijkt deze uit het korten tijd na de invoering van ons B.W. verdedigd proefschrift van Mr. TRIEBELS [2]), een der eerste geschriften over het onderwerp onder vigeur van het B. W., waarop dus de meening van dien tijd kan geacht worden invloed te hebben geoefend, terwijl voorts in meerdere uitspraken der Belastingadministratie mede beslist wordt, dat de geheele bepaling eerst geldt, nadat daarop beroep is gedaan [3]). Hier en daar vindt men daarbij nog wel

1) Cf. NOORDZIEK 1823—1824 II bl. 365 ad art. 26.

2) G. J. TRIEBELS, dissertatie: De Communione Legali in Secundis Nuptiis. Leiden 1845 bl. 39.

3) Zoo P. W. 3335, 4504, 6415.

Cf. ook P. W. 3661.

ten onrechte de analogie verdedigd met de legitieme portie [1]), maar toch bewijzen ook deze uitspraken alle meer tegen dan vóór het thans in de praktijk geldend stelsel.

5. Zooals het door Prof. HAMAKER in zijn opstel kenmerkend is uitgedrukt, huldigt de praktijk n.l. thans veelal in plaats van het boven verdedigde repressieve, een preventief stelsel [2]). Moge nu het verschil in gevolgen bij schenkingen en uiterste wilsbeschikkingen minder aan het licht komen, anders wordt dit zooals reeds werd aangetoond [3]), bij de huwelijksgemeenschap.

Hier leidde het preventieve stelsel allengs tot eene bijzondere opvatting der huwelijksgemeenschap in deze materie, vooreerst doordat men de beperkende bepaling ging toepassen bij elke ontbinding er van, dus ook aan den hertrouwden echtgenoot c. q. een beroep op art. 236 toekende, en voorts, daar men bij de practische uitwerking van art. 236 zich op een eng standpunt ging stellen en dit artikel ging toepassen op eene beperkte wijze door alleen de huwelijksgemeenschap in het oog te houden en alle zaken, welke daarbuiten zijn gebleven, volstrekt buiten beschouwing te laten [4]).

Wat het eerste betreft, eigenaardig is het, dat verscheidene onzer meest bekende nieuwere schrijvers de Fransche opvattingen geheel hebben laten varen en hier eene andere,

---

1) Zoo P. W. 4721, 9009.

2) Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 419.

3) Cf. no. 3 hiervoor.

4) Men vergelijke hiertegen het gezegde door Mr. TREUB op de Vergadering der Broederschap van Candidaat-notarissen te Assen W. N. R. 1343 bl. 500.

tot dusver nagenoeg nimmer verkondigde meening [1]) tegenover stelden, krachtens welke in alle gevallen van ontbinding der huwelijksgemeenschap art. 236 zoo noodig moet worden toegepast.

Dat men hierbij de wording onzer artikels geheel uit het oog verloor, spreekt vanzelf. Ook hier liet men zich door de omwerking van 1832 van den rechten weg afbrengen. Sinds echter het boven (in no. 4) aangehaalde arrest van den Hoogen Raad en Mr. KIST in zijne bekende brochure [2]) deze meening verdedigd hebben, heeft zij in theorie en praktijk vele aanhangers gevonden [3]).

Toch liet ook de bestrijding niet op zich wachten [4]). Men bleef daarbij weliswaar vaak te veel aan de woorden van art. 236 hangen en achtte eene toepassing van dit artikel vóór des hertrouwden overlijden uitgesloten op grond, dat het spreekt van „het minste gedeelte hetwelk een dier kinderen enz. genieten", hetgeen eerst plaats heeft na dit overlijden, terwijl de omvang daarvan ook dan eerst

---

1) Behoudens de boven als onjuist gekenmerkte meening van LEBRUN (cf. Tweede Hoofdstuk no. 5).

2) Mr. J. G. KIST, De bepalingen der Nederlandsche wet omtrent tweede en verdere huwelijken. Leiden 1850 bl. 10—20. 2e druk, Amsterdam 1873 bl. 13—24.

3) O. a. NIENHUIS I bl. 445. DIEPHUIS IV bl. 406 e. v. ZUBLI, Brochure over art. 236 bl. 46 en in Nieuwe Bijdragen van R. en W. I bl. 320 e. v. Mr. FRIJLINCK in Themis XIII bl. 248 e. v. cf. in Themis 1870 bl. 337. KOENEN, Praeadvies nos. 9 en 10, en anderen.

4) O. a. TRIEBELS t. a. p. bl. 33—34. A. DE PINTO, Handleiding B. W. § 141 bl. 132. VAN HALL, B. W. ad art. bl. 269. OPZOOMER I bl. 326. BINNERTS in Regt en Wet XX bl. 505. ASSER en VAN HEUSDE I 3e druk bl. 261, welke laatsten echter facto naar het andere stelsel willen handelen, echter meer uit billijkheid dan naar streng recht.

bepaald kan worden. Inderdaad is dit voor hen, die slechts aan de woorden vasthouden, een krachtig argument tegen de andere meening, want in welke bochten men zich ook heeft gewrongen om hieraan te ontkomen, het artikel spreekt nu eenmaal ondubbelzinnig. KIST leest eenvoudig: „genieten zouden", wat er evenwel niet staat en feitelijk nederkomt op eene petitio principii.

Sommigen gingen zelfs zoover te beweren, dat, wilde men niet aldus lezen, dan nog eerder bij eene ontbinding der huwelijksgemeenschap vóór het overlijden van den hertrouwden echtgenoot aan den nieuwen echtgenoot of diens erfgenamen nog geheel geen voordeel behoorde te worden toegekend, op grond, dat de kinderen dan ook nog niets genieten [1]); ongetwijfeld eene letterknechtige en geheel uit de lucht gegrepen gevolgtrekking, die m. i. door het boven betoogde afdoende weerlegd wordt [2]).

Evenmin kan aanvaard worden de meening van hen, die in zoodanig geval aan den nieuwen echtgenoot steeds een vierde deel toekennen, op grond, dat deze maat in onzekere gevallen als maximum moet worden aangenomen [3]). Nimmer is dit de bedoeling der slotbepaling van art. 236, gelijk zij op de bovenvermelde wijze in den Code werd opgenomen, geweest.

De eenige weg, dien men hier ter bestrijding der onjuiste meening volgen moet, is een beroep op het stelsel van

---

1) O. a. DIEPHUIS IV bl. 407.

Cf. ook Mr. SEGERS in Themis 1901 bl. 87.

2) Cf. BINNERTS t. a. p. bl. 512.

3) Aldus de conclusie van den advocaat-generaal GREGORY voor het arrest van den H. R. van 23 Maart 1849 in W. 1010.

den Code, waarvan niet gebleken is, dat onze wetgever wilde afwijken. Zonderling is het dan ook, dat verreweg de meeste schrijvers over het onderwerp het Fransche recht hebben terzijde gelaten of zijnen invloed hebben miskend.

Een der eersten, die anders handelde, was Mr. BINNERTS [1]). Het krachtigst pleidooi voor de toepasselijkheid ook ten onzent van de opvatting van het Fransche wetboek in deze materie levert echter Prof. HAMAKER in het reeds geciteerd opstel [2]). Ook Mr. SEGERS in zijn reeds meermalen aangehaald Themisartikel onderwerpt de zaak in deze richting aan een grondig onderzoek en zeer te betreuren is het daarom, dat deze laatste in zijn overigens zoo verdienstelijk opstel de resultaten, waartoe hij logisch had moeten geraken, op den zooeven vermelden geheel onvoldoenden grond weder te niet doet en in strijd met letter en geest der wet, zooals hij zelf erkennen moet, de meening der praktijk in schier al hare consequentiën aanvaardt [3]).

Op eene andere consequentie wees ik n.l. reeds zooeven en deze hangt samen met de opvatting, die men omtrent het woord „boedel" aan het slot van art. 236 is gaan huldigen en die in het volgend Hoofdstuk bij de behandeling van dit artikel nog nader ter sprake zal komen.

Zonder dat daartoe eigenlijk aanleiding bestond, ging men n.l. voor „boedel" lezen „aanbrengst in de huwelijksgemeenschap" (waartoe men dan ook erfenissen en schenkingen rekende). Het gevolg hiervan is, dat het

1) T. a. p. bl. 505 e. v.

2) Zie inzonderheid W. N. R. no. 1337 bl. 416 e. v.

3) Cf. Themis 1901 bl. 87 e. v.

voordeel, dat den nieuwen echtgenoot door de boedelmenging mag opkomen, als regel over eene verkeerde massa berekend wordt en dus een onjuist bedrag vertegenwoordigt.

Men verloor daarbij uit het oog, dat het woord „boedel" in art. 236 afkomstig is uit art. 1 van het Ontwerp van 1822, dat de bevoordeeling bij schenking door huwelijksvoorwaarden beperkte en weder gelijkluidend was met art. 1098 van den Code, dat in de Hollandsche vertaling van 1810, zooals boven bleek, mede reeds het woord „boedel" bevatte, voor het Fransche „biens", hetwelk men daarentegen in art. 26 van het Ontwerp van den Titel van Uiterste Willen, thans art. 949 B. W., hoogstwaarschijnlijk zonder aan het Ontwerp van 1822 te denken, weder meer letterlijk vertaalde door „goederen". Ook hier heeft men een misverstand, geboren uit het verschil in methode van behandeling met den Code.

In plaats toch van beide uitdrukkingen als synoniemen te beschouwen, wat zij in werkelijkheid zijn, ging men daartusschen, op welke gronden wordt niet voldoende verdedigd, een onderscheid zien en waar men het woord „goederen" in art. 949 terecht opvatte als „nalatenschap," kende men aan het woord „boedel" in art. 236 eene veel engere beteekenis toe, n.l. „aanbrengst in de huwelijksgemeenschap," tengevolge waarvan men deze laatste ging verdeelen op eene eigenaardige wijze, met den geest van het beginsel ongetwijfeld in beslisten strijd, zooals in het volgend Hoofdstuk blijken zal [1]).

---

1) Zie Vierde Hoofdstuk no. 23.

Cf. ook de in no. 6 vermelde beschikking van den H. R. van 24 Juni 1881.

6. Ondanks alle punten van overeenstemming van artt. 236 e. v. eenerzijds en art. 949 anderzijds, zoo wat oorsprong als inhoud betreft, kan toch niet ontkend worden, dat het systeem van behandeling in onze wet hier iets afwijkt van dat in den Code.

In zeker opzicht was dat van dezen laatste algemeener, gelijk reeds boven werd opgemerkt. Immers eene algemeene beperkende bepaling omtrent alle beschikkingen om niet, hetzij dan onder de levenden of bij uiterste wilsbeschikking, ging hier voorop en daaronder was dus alles te brengen uitgenomen de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap, welke laatste, op welke wijze zij dan ook plaats had, door twee bijzondere voorzieningen mede aan het eerstgemeld artikel onderworpen werd, zoodat nu elke denkbare bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot boven de geoorloofde grens was uitgesloten.

Anders ons Wetboek. Hier als aanvang de beperkende bepaling voor huwelijksgemeenschap, waaraan door het volgend artikel mede de schenkingen bij huwelijksvoorwaarden worden onderworpen, en schijnbaar geheel op zichzelve staande, de beperking voor uiterste wilsbeschikkingen. Ook hierbij had de afwijking van den Code bedenkelijke gevolgen. Daar n.l. art. 949 niet met zoovele woorden naar een der andere artikels verwijst, gingen meerdere wetsuitleggers het als eene geheel op zichzelve staande bepaling beschouwen en nemen zij dientengevolge aan, dat de nieuwe echtgenoot z. g. n. dubbel kan bevoordeeld worden, d. w. z. eerst tot het beloop van een kindsgedeelte door de huwelijksgemeenschap en daarna nog eens voor zoodanig deel, zij het dan

ook over eene kleinere massa berekend, bij testament [1]).

Onnoodig te zeggen, dat deze opvatting onjuist is. De zelfstandigheid van art. 949, waarop men zich hier beroept, bestaat in werkelijkheid niet.

Bij de indiening van het artikel werd door de Regeering uitdrukkelijk opgemerkt, dat het geschiedde om te beletten, dat de eene echtgenoot den anderen meer zou bevoordeelen bij testament dan volgens huwelijksvoorwaarden geoorloofd is [2]), en hiermede stemt overeen eene opmerking van een der Kamerleden, voorkomende in het verslag der centrale afdeeling over Titel XII van Boek II [3]).

Toen de wet tot stand kwam, beoogde men dus uitdrukkelijk bevoordeeling boven het maximum uit meer dan éénen hoofde te voorkomen en ondanks de afzonderlijke plaatsing van art. 949 blijkt derhalve duidelijk, dat niet anders bedoeld is.

Ook de Hooge Raad heeft bij beschikking van 24 Juni 1881 [4]) dit beginsel op bovengemelde gronden recht doen wedervaren door tusschen alle het beginsel betreffende artikels een onafscheidelijk verband aan te nemen.

Hij overwoog, mede met een beroep op de geschiedenis, terecht, dat hier tusschen de verschillende wijzen van be-

---

1) Aldus TH. VAN UYE PIETERSE, „Bevoordeeling bij Tweede en verder huwelijk" bl. 19. DIEMONT in Regt en Wet XIV bl. 255. Mr. FRIJLINCK in Themis 1870 bl. 342. Mr. Th. L. M. H. BORRET, „Bijdrage ter verklaring der artt. 236 en 949 B. W." bl. 23 en „Over Bevoordeeling van den tweeden echtgenoot bij aanwezigheid van voorkinderen" in W. N. R. 1336 bl. 401 e. v. KOENEN t. a. p. no. 8 e. v.

2) VOORDUIN IV bl. 87. NOORDZIEK 1823—1824 II bl. 467.

3) NOORDZIEK t. a. p. bl. 581.

4) Rechtsgeleerde Jaarboeken Dl. 128 bl. 283 e. v.

voordeeling geen principiëel verschil bestaat en de maatstaf, in de artt. 236 en 949 aangenomen dezelfde is, dus „boedel" synoniem is met „goederen".

Vele gezaghebbende schrijvers en juristen oordeelen in denzelfden geest [1]).

Ook de Belastingadministratie nam na in den aanvang hier vrijheid van opvatting te hebben gehuldigd [2]), ten slotte deze laatste meening dwingend aan [3]).

Ook ten onzent bestaat dus tusschen alle artikels omtrent ons onderwerp onderling verband, maar thans rest nog de vraag: Wordt daardoor nu aan alle wijzen van bevoordeeling de maat der beperking aangelegd? Wat huwelijksgemeenschap en uiterste wilsbeschikkingen betreft, ongetwijfeld. Wat schenkingen aangaat, noemt de wet echter slechts die bij huwelijksvoorwaarden. Denkbaar zijn echter voorts nog die, door de aanstaande echtgenooten vóór het huwelijk niet bij huwelijksvoorwaarden aan elkander gedaan en ook die, staande huwelijk aan elkander gedaan.

Wat de eerste betreft, zal als gevolg van de niet opneming ten onzent van de algemeene bepaling van art. 1098 van den Code in afwijking van de Fransche schrijvers moeten worden aangenomen, dat zij, voorzoover de legitieme er niet door wordt aangetast, door geene enkele wetsbepaling geacht kunnen worden aan de beperking te zijn onderworpen.

---

1) DIEPHUIS VIII bl. 361. LAND II bl. 59. Advies der Landsadvocaten van 15 Maart 1868 no. 356, Fo. 3, opgenomen in P. W. 5345 (cf. Regt en Wet XXI bl. 72). ASSER en VAN HEUSDE I 3e druk bl. 258, e. a.

2) P. W. 3582, 4697.

3) P. W. 5345, 5535, 7817, 8189, 8640.

Zou men dit dus den wetgever als een verzuim kunnen aanrekenen, wat de schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk gedaan betreft, hier is de beslissing inderdaad minder gemakkelijk en mag men wellicht op goeden grond betwijfelen, of er wel van eene leemte der wet sprake kan zijn.

Alles hangt hierbij af van de opvatting, welke omtrent deze schenkingen gehuldigd wordt. Beschouwt men ze als volkomen geldig, doch slechts gedurende het leven van den schenker vatbaar voor herroeping, gelijk de opvatting van het latere Romeinsche en gedeeltelijk ook van het Oud-Fransche en Oud-Vaderlandsche recht en ongetwijfeld die van den Code geweest is, dan hadden ook zij, voor het geval dat zij niet herroepen werden, dus volkomen rechtsgeldig bleven, aan de beperking moeten onderworpen worden, bij gebreke waarvan zij dan volkomen van kracht zouden blijven, behoudens slechts weder de inkorting voor de legitieme [1]).

Het andere stelsel echter, dat hier nietigheid aanneemt en door nagenoeg alle schrijvers wordt gevolgd, schijnt eerder uit geschiedenis en bedoeling onzer tegenwoordige wet voort te vloeien en in dit geval zou natuurlijk eene afzonderlijke bepaling in onze materie geheel overbodig zijn.

Op dit vraagpunt, dat weder ruimschoots stof oplevert voor eene afzonderlijke studie, behoeft echter thans niet verder te worden ingegaan [2]).

---

1) Aldus Prof. HAMAKER in W. N. R. 1333 bl. 358.

2) Men vergelijke hiervoor de belangrijke studie van Mr. DE MENTHON

Nog andere wijzen van bevoordeeling zouden echter geacht kunnen worden door de mazen der beperkende bepalingen heen te glippen, n.l. de tegenwoordig steeds talrijker wordende overeenkomsten van lijfrente en levensverzekering, die de eene echtgenoot, i. c. de hertrouwde ten behoeve van den anderen kan sluiten en waaraan hij bedragen, zijn inkomen of verdiensten verre overtreffende, kan ten koste leggen. Daar dit onderwerp bij zijne, tot heden toe onvolledige, regeling in onze wet tot tal van kwesties kan leiden, die eerst zouden moeten worden opgelost om ook in verband met artt. 236 e. v. de onzekerheid weg te nemen, die thans nog te dezen opzichte bestaat, zou eene eenigzins volledige behandeling hier veel te ver voeren.

Slechts zij opgemerkt, dat althans wat de artt. 236 en 237 betreft, men zonder de wet geweld aan te doen in art. 238 door de voorziening tegen zijdelingsche wegen en tusschenbeide komende personen voldoenden waarborg tegen overtreding kan zien, al is hier natuurlijk allerminst van eene volledige regeling sprake. Te betreuren is het, dat weder als gevolg van de afzonderlijke plaatsing van art. 949, niet ook dit artikel met art. 238 in verband kan worden gebracht, terwijl art. 958, waarvan het trouwens betwijfeld mag worden, of het mede op

---

BAKE in Rechtsgeleerd Magazijn 1901 bl. 113 e. v., eene der grondigste behandelingen omtrent art. 1715 B. W. bekend.

Deze schrijver concludeert voor ons Wetboek tot absolute nietigheid.

Cf. het in de Kamer opgemerkte en de redevoeringen van de Heeren BARTHÉLEMY en DAAM FOCKEMA resp. bij VOORDUIN V bl. 327 e. v. en NOORDZIEK 1823—1824 I bl. 11 e. v.

art. 949 terugslaat, minder volledig dan art. 238, niet geacht kan worden in deze gevallen afdoende voorziening aan te brengen.

7. De wetsartikels, waarin ten onzent het beginsel der Lex Hac edictali vervat is, zijn in zooverre ruim gesteld, dat daarin geen onderscheid wordt gemaakt tusschen mannen en vrouwen: dit spreekt voor onze wet eigenlijk vanzelf en nimmer is dan ook door iemand het tegendeel beweerd. Sinds de onderscheiding van het Edit des Secondes Nôces reeds door de doctrine werd gewraakt, werd zij in het vervolg zoo in den Code als in ons Wetboek voorgoed verlaten. Slechts volledigheidshalve zij dit hier nog even opgemerkt.

Van meer belang is thans de vraag, hoe ten onzent beslist moet worden ingeval van meerdere opvolgende huwelijken. Is dan voor iederen opvolgenden echtgenoot een kindsgedeelte beschikbaar of slechts voor allen te zamen? Zoowel de geschiedenis als de bedoeling der wet leiden hier tot eene beantwoording dezer vraag in den laatstgemelden zin. In Frankrijk, zagen wij reeds, wordt deze opvatting vrijwel algemeen gehuldigd en dat bij de tot standkoming onzer wet niet anders bedoeld werd, blijkt overtuigend uit de rede van NICOLAÏ in de Kamer op den 9 Juli 1822, die door niemand wedersproken werd [1]).

Geeft men er zich rekenschap van, waaraan de geheele bepaling haar ontstaan te danken heeft, n.l. bescherming der kinderen tegen te groote toegenegenheid van den hertrouwden voor den nieuwen echtgenoot, welke in derde

1) VOORDUIN II bl. 418 en NOORDZIEK 1821—1822 I bl. 318.

huwelijk allicht niet minder zal zijn dan in tweede, dan is deze uitspraak ook volkomen logisch. Immers voor de kinderen is het onverschillig, of door denzelfden persoon of door meerderen eene grootere waarde dan het geoorloofd deel genoten wordt. In een derde en verder huwelijk zullen dus de nieuwe echtgenooten slechts mogen bevoordeeld worden, indien en voorzoover het maximum nog niet bereikt is [1]).

Een beroep op de woorden der wet of op de billijkheid kan hier dus geen gewicht in de schaal leggen. Toch zijn er meerderen geweest, die aldus de bedoeling der wet hebben miskend [2]).

De strekking der bepaling, het voorkomen van te groote bevoordeeling van den nieuwen door den hertrouwden echtgenoot, moet naar mijne meening ook nog bij de beantwoording eener andere vraag den doorslag geven, en wel in afwijkenden zin van hetgeen dienaangaande veelal door de Fransche schrijvers en ook het Oud-Vaderlandsch recht werd aangenomen. Bedoeld wordt: of de geheele bepaling is te beschouwen als behoorend tot het personeel of tot het reëel statuut? Men late zich niet op het dwaalspoor brengen door het feit, dat men hier slechts te doen heeft met een voordeel, vatbaar voor inkorting en niet met eene persoonlijke onbevoegdheid. Op dezen grond toch nemen de Fransche schrijvers hier de toepasselijkheid aan van het reëel statuut. Dringt men echter tot

1) Binnerts t. a. p. bl. 533. Prof. Hamaker t. a. p. W. N. R. 1335 bl. 383. Segers t. a. p. bl. 99 noot 2.

2) Diephuis VIII bl. 398. Land I bl. 210. Asser en van Heusde I 3e druk bl. 259.

den oorsprong der bepaling door, dan moet de uitspraak m. i. anders luiden. Immers, al is hier van eene persoonlijke onbevoegdheid geen sprake, toch ligt hier eene persoonlijke verhouding ten grondslag: niet op de zaken zelve komt het aan.

Vandaar dat naar mijne meening het beginsel moet beschouwd worden als te behooren tot het personeel statuut, daar er niets zakelijks in gelegen is.

Hieruit vloeit dus voort, dat het geldt voor alle huwelijksgemeenschappen en nalatenschappen, welke door de Nederlandsche wetgeving worden beheerscht, in het algemeen van Nederlanders, onverschillig waar de daartoe behoorende zaken zich bevinden, terwijl omgekeerd in Nederland zich bevindende zaken, deel uitmakende van boedels, niet door de Nederlandsche wetgeving beheerscht, doch door eene andere, waar het beginsel niet geldt, daaraan niet onderworpen zullen zijn.

Ook bij de behandeling der actie zal nog eene consequentie hiervan blijken [1]).

8. Onmisbare voorwaarde voor de toepasselijkheid der thans behandelde wetsartikels is de aanwezigheid van voorkinderen bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot en niet slechts bij de voltrekking van het nieuwe huwelijk of de vroegere ontbinding daarvan, zooals wel eens ten onrechte beweerd is.

Dat met de hier bedoelde voorkinderen slechts wettige of tijdens het vorig huwelijk gewettigde bedoeld zijn, vloeit uit de woorden der wet zelve voort, evenals het

---

1) Cf. no. 13 hierna.

beginsel der plaatsvervulling, dat in de artikels 236 en 949, in dezen nog vollediger dan die van den Code, uitdrukkelijk wordt uitgesproken.

Het bestaan alleen dier voorkinderen of hunner afkomelingen is echter niet voldoende: zij moeten ook inderdaad direct of indirect bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot tot het genot van diens nagelaten goederen komen, als erfgenaam dus of legataris, of wel als legitimaris, voor het geval, dat hun alleen de actie tot inkorting voor de legitieme portie tegen de testamentair bevoordeelden of de begiftigden zou overblijven. Waar toch geen kind of afkomeling uit een vroeger huwelijk aldus geniet, wordt de geheele bepaling overbodig en vervalt. Het gevolg hiervan zal zijn, dat hier buiten beschouwing blijven alle afstammelingen uit vroeger huwelijk, en ter bepaling van het kindsgedeelte ook die uit het nieuwe huwelijk, die door onwaardigheid of verwerping van het genot zijn uitgesloten, het laatste dan in afwijking van het Oud-Fransche recht, dat zelfs aan de kinderen jure sanguinis het beroep op de bepaling toekende. Naar onze wet kan zulks niet meer worden aangenomen, daar juist genieten door de kinderen in het artikel zelf als uitdrukkelijk vereischte wordt gesteld, en het aandeel van den minstgenietende hier de grens van bevoordeeling bepaalt. Deze opvatting der wet is dan ook volkomen logisch, want waar het genot ophoudt, valt ten aanzien van hem, voor wien dit geschiedt, het geheele motief der bepaling weg, zoodat hij, die niet geniet, voor de toepassing dier bepaling ook niet in aanmerking komen moet. Wat overdracht hunner erfrechten door de voorkinderen aangaat, zal naar

mijne meening anders moeten worden beslist, daar dan de nieuwe verkrijgers treden in alle vermogensrechten hunner voorgangers en, aangezien het ook hier gaat om eene bepaling van vermogensrechtelijken aard, de rechten, uit die overdracht voortspruitende, kunnen uitoefenen en dus in de plaats van voorkinderen moeten worden gerekend.

De vraag kan nog rijzen, of de bepaling mede blijft gelden, indien door de verwerping of onwaardigheid van alle kinderen hunne afkomelingen niet bij plaatsvervulling, doch uit eigen hoofde van den hertrouwden echtgenoot komen te erven? Hierop moet bevestigend worden geantwoord. Weliswaar zouden de woorden van art. 236 doen meenen, dat het artikel den kleinkinderen en verderen nakomelingen slechts ten goede komt, voorzoover dezen bij plaatsvervulling opkomen, daar het spreekt van het gedeelte, dat die afkomelingen bij plaatsvervulling genieten, maar deze kracht moet m. i. aan die woorden niet worden toegekend.

Ten aanzien van die afkomelingen toch, zelfs al komen zij uit eigen hoofde, zijn dezelfde motieven voor de toepasselijkheid der bepaling aanwezig als voor de voorkinderen zelven. Immers zij zetten nu onmiddellijk het bezit van den overledene voort, als waren zij zelven de kinderen; zij nemen nu ten aanzien van hun erflater eene gelijke positie in als die zouden ingenomen hebben, dus moeten zij dezelfde rechten genieten en mag hun niet ontgaan, wat zij, hadden de kinderen zelven geërfd, toch later van dezen zouden hebben kunnen verkrijgen [1]). En waar,

1) Aldus ook Prof. Hamaker W. N. R. 1336 bl. 395.

zooals door meerdere schrijvers terecht wordt opgemerkt, aan hen in dit geval eene legitieme portie wordt verzekerd, — want aldus dient art. 961 al. 4 te worden opgevat, — daar kan ook hier, al is de bepaling dan van geheel anderen aard, toch dezelfde ratio gelden.

De zaak wordt anders, indien naast ervende kinderen uit het nieuwe huwelijk alle voorkinderen zouden verwerpen of onwaardig zijn en kinderen zouden nalaten, die, waren zij met hunne ouders de eenige afkomelingen van den hertrouwde, tot het genot zouden komen, want dan zouden krachtens den regel van art. 899 j°. art. 894 B. W. de kinderen uit het nieuwe huwelijk alleen erven en de voorkleinkinderen zijn uitgesloten en zou dus de bepaling van art. 236 e. v. en art. 949 moeten vervallen.

De woorden „kinderen of afkomelingen", zooeven vermeld, leggen hiertegen geen gewicht in de schaal, daar hier een regel van erfrecht die nakomelingen uitsluit en daarmede de werking der bepaling opheft.

9. Door nog eene andere oorzaak dan de reeds genoemde, kunnen de voorkinderen van het genot van des hertrouwden nalatenschap verstoken blijven: indien zij n.l. door dezen zijn onterfd en daarin berusten, zullen zij dan, door zich vrijwillig terug te trekken en de hun door de wet toegekende rechten prijs te geven, wederom de werking der in hun belang gemaakte bepaling verlammen? Ongetwijfeld zal ook hierop bevestigend moeten worden geantwoord. Doch indien omgekeerd b.v. slechts één der voorkinderen, onterfd zijnde, op zijne legitieme portie geene rechten doet gelden, en dus niets geniet, zal hij dan de oorzaak zijn, dat de nieuwe echtgenoot, die van den her-

trouwde niet meer voordeel mag genieten dan hij, nu ook niets genieten kan? Nog daargelaten het practisch bezwaar, dat aldus door een der voorkinderen in collusie met de overigen de nieuwe echtgenoot om zijn recht zou worden gebracht, zal men, ook gelet op de bedoeling der bepaling, niet aldus kunnen beslissen.

Waar toch het voorkind, geheel onterfd zijnde, daarin berust en dus niets geniet, heeft de in zijn belang gestelde beperking van het genot van den nieuwen echtgenoot verder voor hem geene waarde meer, staat hij feitelijk met een voorkind, dat verwerpt, gelijk en kan geheel ter zijde worden gelaten, zoodat voor den nieuwen echtgenoot toch evenveel beschikbaar is als het kind, dat het minst ontvangt, inderdaad geniet.

Ter bepaling van het geoorloofd kindsgedeelte moeten alle kinderen worden medegeteld, ook dus die uit het nieuwe huwelijk, zooals reeds door de oude Fransche schrijvers terecht werd aangenomen.

Verder geldt hier evenzeer wat ten aanzien van verwerping, onwaardigheid, plaatsvervulling, niet vorderen van de legitieme enz. gezegd is. Het minst genietende van alle kinderen, zooals aanstonds blijken zal [1]), bepaalt hier de maat van het geoorloofd voordeel.

Als de kleinkinderen of verdere afkomelingen uit eigen hoofde opkomen, rijst de vraag, of voor den nieuwen echtgenoot evenveel beschikbaar is als voor elk kleinkind of wel evenveel als voor ieder der kinderen, waren zij zelven tot het genot gekomen, zou zijn beschikbaar geweest.

---

1) Cf. no. 10 hierna.

Indien b.v. de hertrouwde echtgenoot twee kinderen naliet, die ieder weder vier kinderen hebben, is dan voor den nieuwen echtgenoot beschikbaar $\frac{1}{8}$ of $\frac{1}{4}$?

Naar mijne meening het laatste, daar de verwerping of onwaardigheid der kinderen den nieuwen echtgenoot niet behoeft te benadeelen om daarentegen de kleinkinderen bovenmatig te bevoordeelen. De nieuwe echtgenoot zal dus mogen blijven staan op wat hij, hadden de kinderen zelven genoten, zou gehad hebben.

Dat de wet dezelfde meening is toegegedaan, blijkt m. i. indirect uit de woorden: „of .... bij plaatsvervulling genieten" in art. 236. Mede steun voor deze uitspraak acht ik aanwezig in de algemeen gehuldigde opvatting omtrent art. 961 al. 4, dat ook in geval van een opkomen uit eigen hoofde toepasselijk wordt geacht [1]).

Indien het geval zich voordoet, dat een der kinderen tot minder dan zijne legitieme portie is beperkt en niet tot aanvulling daarvan ageert, zal nu door zijn stilzitten, wat het daaraan ontbrekende betreft, de nieuwe echtgenoot ook zooveel minder kunnen genieten? Ongetwijfeld neen. Immers voor dat ontbrekende heeft dat kind weder geen belang bij de zaak en behoeft de nieuwe echtgenoot dus niet verder om zijnentwil in zijn genot beperkt te worden, zoodat aan dezen in dit geval krachtens onze artikels eene waarde mag toegewezen worden, gelijkstaande met het bedrag der legitieme portie van hem, die zijne rechten daarop niet liet gelden, want had de legitimaris

---

1) DIEPHUIS IV bl. 400 j° VIII bl. 133.
Anders TRIEBELS, diss. bl. 31.

dit wel gedaan, dan had hij, ingeval van overschrijding dezer grens zich terecht op overtreding der beperkende artikels kunnen beroepen, omdat dan tegen zijn recht in de nieuwe echtgenoot meer dan hij zou genieten.

Onder „genieten" in de thans behandelde artikels moet dus ook „recht hebben om te genieten" worden verstaan [1]).

10. Wat voorts het minste kindsgedeelte betreft, heeft men in de artt. 236 en 237 eenerzijds en art. 949 anderzijds weder een verschil willen zien, dat bij nadere beschouwing echter evenmin bestaat als de overige beweerde verschilpunten.

Het betreft de vraag, of de nieuwe echtgenoot als maximum genieten mag een minste voorkindsgedeelte, gelet dus slechts op het minst genietende van des hertrouwden voorkinderen, of wel een minste kindsgedeelte, gelet op het minst genietende van al diens kinderen.

Het eerste meent men dan duidelijk bedoeld te zien in art. 236 en acht men dus krachtens de verwijzing naar dit artikel mede toepasselijk voor art. 237 [2]), daar hier gesproken wordt van „het minste gedeelte hetwelk een *dier* kinderen enz. genieten," hetgeen door het woordje *dier* wel moet terugslaan op de in dit artikel vooraf genoemde voorkinderen.

Het laatste daarentegen acht men voorgeschreven in art. 949, dat spreekt van „het minste gedeelte hetwelk

1) Aldus TRIEBELS bl. 27 e. v. KIST bl. 34 e.v., 2e uitg. bl. 41 e. v. Prof. HAMAKER W. N. R. 1335 bl. 385. ASSER en VAN HEUSDE I, 3e druk bl. 259 e. a.

Anders o. a. DIEPHUIS IV bl. 402. en LAND I bl. 216.

2) Cf. P. W. 8777.

een *der* wettige kinderen geniet," eene algemeen gestelde bepaling dus, taalkundig niet terugslaande op de even te voren genoemde voorkinderen.

Heeft men hier inderdaad een door den wetgever gewild verschil in maatstaf voor zich? Op grond van hetgeen omtrent den oorsprong onzer wetsbepalingen in dezen in den aanvang van dit Hoofdstuk bleek, meen ik zulks ten ernstigste te mogen betwijfelen. Ook hier zal dus hetgeen de Code bepaalt, den doorslag moeten geven, en deze neemt voor alle wijzen van bevoordeeling, krachtens art. 1098 en de verwijzing naar dit artikel door de overige, het minste kindsgedeelte als maatstaf aan, eene opvatting, die zooals reeds bleek, in Frankrijk [1]) en ook ten onzent [2]) van oudsher gegolden heeft en uit het pariteitsbeginsel der kinderen voortvloeit.

Art. 949, dat trouwens eene letterlijke vertaling is van art. 1098 van den Code, heeft ook hier dezelfde uitdrukking overgenomen en spreekt dan ook duidelijk van *de* wettige kinderen, dus van alle zonder onderscheid, en art. 1 van het Ontwerp van 1822, dat de bevoordeeling door giften bij huwelijksvoorwaarden beperkte, mede eene getrouwe copie van art. 1098, en dus gelijkluidend met art. 949, week in dezen niet af en krachtens art. 4 van dit Ontwerp, dat de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap beperkte en weder naar art. 1 terugwees, gold derhalve ook ingeval van eenige gemeenschap dezelfde maatstaf.

Bij de omwerking van het Hoofdstuk in 1832 echter

1) RICARD t. a. p. Glose IV pag. 792.

2) VOET, Comm. ad Pand. XXIII 2 — De ritu nuptiarum — 123 (art. 10 van het Plakkaat van Utrecht van 1659). en DE GROOT, Inl. II 12.

vindt men zonder nadere motiveering of verdere opmerkingen in art. 2 van het nieuwe Ontwerp, thans art. 236, plotseling gesproken van het minste gedeelte hetwelk een *dier* kinderen enz. genieten, dus strikt taalkundig van het minste voorkindsdeel, terwijl art. 949 onveranderd bleef.

Waar wij nu zagen, dat de geheele omzetting en daaruit voortvloeiende wijziging in dit Ontwerp geenszins eene verandering van stelsel beoogde, doch alleen strekte om in dezen Titel bevoordeeling door huwelijksgemeenschap als uitgangspunt aan te nemen, moeten wij noodwendig tot de conclusie komen, dat ook in dit opzicht de bedoeling der wet dezelfde bleef als voorheen, en kunnen wij de afwijkende redactie hier veilig op rekening schrijven van de minder nauwkeurige wijze van zich uit te drukken van den wetgever van 1832.

Bedoelde hij toch hier eene wijziging, waarom die dan ook niet aangebracht in art. 949? Dat hij voor in den grond hetzelfde geval tweeërlei stelsel huldigde, komt n.l. onaannemelijk voor.

Bij den schijnbaren strijd dus tusschen artt. 236 en 237 eenerzijds en art. 949 anderzijds zal men niettemin eenheid van stelsel moeten aannemen en dan aan art. 949 als het oude beginsel bevattend, de voorkeur moeten geven.

Juister ware wellicht geweest met de kinderen uit het nieuwe huwelijk hier geene rekening te houden, maar nu het pariteitsbeginsel uitdrukkelijk ook door onze wet is aanvaard en alle kinderen van de bepaling genieten, is het logisch, dat ter vaststelling van het kindsgedeelte ook de aandeelen van allen in aanmerking komen.

11. Onze schrijvers, voorzoover zij zich met de vraag bezighouden, komen veelal tot een ander resultaat.

Er zijn er, die eveneens hier eenheid van bedoeling bij den wetgever onderstellen, maar dan in dien zin, dat in alle artikels, dus ook art. 949, het minste voorkindsgedeelte bedoeld is. Aldus Mr. VAN HOUTEN [1]), die voor zijne meening een klemmend betoog levert.

Hij beroept zich op het Ontwerp van 1820 en hoewel hij erkent, dat het Ontwerp van 1822 en het Wetboek van 1830 spreken van het minste kindsdeel, acht hij toch mede hier het minste voorkindsgedeelte bedoeld, daar ook de Code, waarmede immers dit Ontwerp en Wetboek samenhangen, niet anders gewild zou hebben [2]).

Het bleek ons echter reeds, dat hier van eene onjuiste praemisse wordt uitgegaan, evenals bij de nadere verdediging dezer meening, dat n.l. in 1832 met het oog op de aansluiting bij het Oud-Vaderlandsch recht de juiste maatstaf voor bevoordeeling door huwelijksgemeenschap zou zijn hersteld, hetgeen nu ook voor die door uiterste wilsbeschikking had moeten geschieden, zoodat de afwijkende uitdrukking in art. 949 den wetgever als een ongewild verzuim moet worden aangerekend. Hier wordt ondersteld, doch niet bewezen, dat de uitdrukking „dier wettige kinderen" in art. 236 opzettelijk is opgenomen en dit met een beroep op het Oud-Vaderlandsch recht, waarmede zooals wij zagen, veeleer de bepaling van art. 949 correspondeert.

---

1) VAN HOUTEN in W. v. h. R. 179, geadstrueerd in W. v. h. R. 262.

2) Aldus met een beroep op PAILLET, Manuel du droit, note ad art. 1098.

Niet in art. 949 schuilt dus de fout, maar in art. 236. Wel besliste ook de H. R. in de reeds bovenvermelde beschikking van 1881 passim, dat in art. 949 met de wettige kinderen die uit een vroeger bed bedoeld zijn, maar hij verzuimde dit voldoende te motiveeren, zoodat zijne uitspraak hier niet gevolgd mag worden [1]).

Op grond van het voorgaande is nu ook duidelijk de onjuistheid der meening van hen, die de tegenstelling aanvaarden en als eene opzettelijke beschouwen [2]), daar art. 236 voor het geval van huwelijksgemeenschap het oog zou hebben op de voltrekking des huwelijks, wanneer er nog maar alleen voorkinderen zijn, art. 949 daarentegen op het tijdstip van des hertrouwden overlijden, waarop ook uit het nieuwe huwelijk afkomelingen kunnen in leven wezen.

Aldus wordt miskend het uitgangspunt van het geheele beginsel, n.l. de toepassing daarvan op en naar het oogenblik van overlijden van den hertrouwden echtgenoot, eerder niet, dus in geen geval naar dat der huwelijksvoltrekking, dat dan ook door DIEPHUIS zelf, waar hij art. 236 uitwerkt, niet als uitgangspunt wordt aangenomen.

Hiermede is de maat der bevoordeeling van den nieu-

---

1) Verwerpelijk is dus ook het betoog, opgenomen in W. v. h. R. 307, dat dezelfde meening verdedigt op grond hiervan, dat art. 949 spreekt van „een tweede of volgend huwelijk *aangaat*," zoodat dan daaruit nog geene kinderen aanwezig zijn en dus die uit het eerste huwelijk bedoeld worden. Alsof de tegenwoordige tijd hier iets afdeed. In den Code stond trouwens: „Contractera un second ou subséquent mariage," doch meer in overeenstemming met het Nederlandsch taaleigen werd hier de toekomende door den tegenwoordigen tijd vervangen.

2) DIEPHUIS VIII bl. 363, en Mr. OBREEN in Themis VII bl. 341.

wen echtgenoot volledig behandeld. Bleek ook hierbij nader tusschen alle artikels overeenstemming, hetzelfde geldt ten aanzien van de massa, waarover de maat berekend wordt.

Reeds werd aangetoond, dat de uitdrukkingen „boedel" en „goederen" identiek zijn: in de volgende Hoofdstukken zal dit nader worden uitgewerkt, waarbij zal blijken, dat de bevoordeeling krachtens huwelijksgemeenschap feitelijk op ééne lijn staat met die door erfopvolging of schenking.

Slotsom van het geheele voorgaande betoog is dus, dat tusschen de artt. 236, 237 en 949 in alle opzichten analogie moet worden aangenomen en geen enkel verschil van eenige beteekenis aan het licht treedt.

12. Thans is aan de orde de sanctie, door de wet aan hare voorschriften gegeven, de actie, die zij toekent om het beginsel der Lex Hac edictali zoo noodig te kunnen handhaven.

Het spreekt vanzelf, dat daarvoor soms in de plaats treedt eene exceptie, indien n.l. de kinderen, te wier behoeve de bepaling strekt, de zaken, welke behoorden tot de huwelijksgemeenschap of de nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, onder zich hebben en nu tegenover den nieuwen echtgenoot of diens erfgenamen de beperking inroepen. Het meest voorkomend geval zal echter wel zijn, dat de nieuwe echtgenoot na des hertrouwden overlijden in den boedel gebleven is, of wel, zoo hij eerder dan de hertrouwde is komen te overlijden en de huwelijksgemeenschap aanvankelijk bij helfte is verdeeld, dat daarop bij den dood van den hertrouwde moet worden teruggekomen.

In deze gevallen zal dus de actie, in art. 236 al. 2 vermeld, ontvankelijk zijn.

Art. 236 al. 2 nu is de eenige plaats, waar men van deze actie vindt gewag gemaakt. Ongetwijfeld echter dient zij niet slechts om bevoordeeling door eenige huwelijksgemeenschap, maar mede om die door huwelijksvoorwaarden of uitersten wil binnen de geoorloofde grens terug te brengen, al vindt men haar in deze laatste artikels ook niet genoemd.

De Code strekte hier mede ten voorbeeld. Ook daar werd slechts in één artikel de actie genoemd en wel bij de bevoordeeling door de legale huwelijksgemeenschap. Waarschijnlijk achtte men dit het meest voorkomend geval, waarin de actie zou gebruikt worden, terwijl men tevens door de plaatsing hier wilde te kennen geven, dat de geheele werking der bepaling slechts bestaat in eene actie tot inkorting bij het overlijden van den hertrouwde. Toch is het niet voor tegenspraak vatbaar, dat ook voor de andere artikels dezelfde actie toepasselijk is.

Hetzelfde zal ook voor onze wet gelden en in zooverre staat hier de actie nog meer op hare plaats, dat hare behandeling deel uitmaakt van de eerste bepaling in dezen. Het was dus overbodig haar in elke der nevenbepalingen te herhalen. Zij spreekt hier vanzelve en er bestaat in al deze gevallen geene enkele afwijking.

Wat allereerst den aard der actie betreft, zij is, zooals de wet haar ook terecht noemt, eene actie tot inkorting, zuiver van vermogensrechtelijken aard dus. Men mag naar mijne meening echter niet zoover gaan haar met DEMO-

LOMBE [1]) te beschouwen als behoorende tot de nalatenschap. Hierdoor toch wordt het oorspronkelijk beginsel miskend. Het is waar, dat naar ons recht, evenmin als onder den Code, de kinderen hier meer uitsluitend optreden jure sanguinis, dat zelfs naar de uitdrukkelijke uitspraak van art. 236 al. 2, welke in den Code nog gemist wordt, het provenu der actie in de nalatenschap valt, dus allen erfgenamen ten goede komt, maar niettemin hebben wij hier geene actie, toekomende aan de erfgenamen qua talis, maar slechts aan hen, die in art. 236 al. 2 genoemd zijn.

De opvatting van DEMOLOMBE is waarschijnlijk weder toe te schrijven aan de door dezen verdedigde verwantschap met de legitieme portie. Toch komt zij onjuist voor.

Onwillekeurig denkt men hier aan een ander geval van denzelfden aard, waar de vraag fiscaal belang had en waar m. i. terecht anders werd beslist. Bedoeld wordt de kwestie, gerezen bij de heffing van het successierecht, n.l. of het recht op eene door den erflater gesloten levensverzekering of lijfrente, bij zijn overlijden ten bate van een ander in te gaan, uit zijn boedel wordt verkregen, daar het eerst op het oogenblik van dat overlijden ontstaat.

In strijd met de belangen der schatkist is dit steeds ontkennend beslist [2]) en hetzelfde zal hier in het volkomen analoge geval moeten gelden.

De actie behoort dus niet tot de nalatenschap: art. 236 al. 2 kent haar dan ook slechts toe aan de voorkinderen evenals trouwens art. 1496 al. 2 van den Code.

1) DEMOLOMBE t. a. p. no. 602.

2) Cf. SPRENGER VAN EIJK, „De Wetgeving op het Recht van Successie" no. 10.

In dit opzicht, maar dit is dan ook het eenige, waarvan blijkt, wordt dus door de wet uitdrukkelijk van het pariteitsbeginsel tusschen alle kinderen van den hertrouwde afgeweken.

Boven was reeds gelegenheid op te merken, dat het wellicht logischer ware geweest, indien de geheele bepaling slechts gestrekt had ten bate der voorkinderen, terwijl de kinderen, geboren uit het nieuwe huwelijk, het niet ingekorte voordeel later van den nieuwen echtgenoot zouden erven, maar nu het beginsel van gelijkheid tusschen alle kinderen zegevierde, op hetgeen ieder kind geniet, gelet moet worden en hetgeen wordt ingekort ook aan alle kinderen ten goede komt, ware het rationeel geweest ook aan alle kinderen de actie toe te kennen.

Nu de wet echter deze uitdrukkelijk slechts aan de voorkinderen bespreekt, zal men de inconsequentie moeten aanvaarden en alleen de voorkinderen of hunne afkomelingen, want ook dezen worden uitdrukkelijk genoemd, in de actie ontvankelijk moeten achten, onder de nadrukkelijke voorwaarde nochtans, dat zij ook werkelijk van de nalatenschap of tenminste door het overlijden van den hertrouwden echtgenoot op eenige wijze genieten: anders toch mist de geheele bepaling voor hen belang en zal het „point d'intérêt point d'action" volkomen van toepassing zijn.

Aan de kinderen uit het opvolgend huwelijk moet de actie derhalve ontzegd worden. Men zal dus, waar wij ook zagen, dat de actie niet tot de nalatenschap behoort, niet zoover mogen gaan als die Fransche schrijvers, welke de kinderen uit het nieuwe huwelijk op denzelfden voet met de voorkinderen in de actie ontvankelijk achten.

Zelfs voor het geval, dat alle voorkinderen zouden stilzitten, zou men naar mijne meening aan de andere kinderen geen beroep op de bepaling kunnen toekennen, daar de eersten aldus van de bepaling der wet, in hun voordeel gemaakt, afstand zouden hebben gedaan.

Het spreekt vanzelf, dat hier geen sprake is van een instellen der actie voor een bepaald aandeel: al wordt zij ook door slechts een der voorkinderen ingesteld, toch heeft zij tengevolge, dat het voordeel van den nieuwen echtgenoot tot de geoorloofde grens wordt teruggebracht en hetgeen het geoorloofd gedeelte te boven gaat, valt ten voordeele van die nalatenschap.

Aldus het slot van art. 236 al. 2, dat na eene opmerking, in 1832 in de Kamer gemaakt, de tegenwoordige redactie ontving in plaats van de reeds aan het Ontwerp van 1822 ontleende uitdrukking: „het alzoo ingekort gedeelte valt ten voordeele van die nalatenschap," om aldus duidelijker te doen uitkomen, dat hier het provenu der actie tot inkorting bedoeld werd.

De Code bevatte deze slotbepaling in art. 1496 al. 2 niet: evenwel bracht de uitdrukkelijke opneming daarvan in ons Wetboek feitelijk geene verandering in de bestaande rechtsopvattingen: ook naar het Fransche recht kwam hetgeen werd ingekort aan de nalatenschap, dus aan alle erfgenamen, ten goede.

Onze wet, — na in art. 209 van het Wetboek van 1809 het te veel genotene nog aan de voorkinderen te hebben toegekend, — ging reeds in art. 417 van het Ontwerp van 1820 tot eene ruimere opvatting over door de te groote bevoordeeling voor niet geschreven te houden, en

thans aanvaardt zij met zoovele woorden hier de algemeen gehuldigde meening.

Niet de kinderen dus slechts, ook andere erfgenamen, zoo zij er zijn, genieten van de opbrengst der actie en met name dus de nieuwe echtgenoot zelf, waardoor wordt voldaan aan het voorschrift der wet, dat deze juist evenveel als het minst genietende der kinderen ontvangen mag, zoodat over de strijdvraag in het oude recht, of de nieuwe echtgenoot weder deelt in het ingekorte, ten onzent geen twijfel behoeft te bestaan.

13. De actie, zagen wij, is eene zuiver vermogensrechtelijke. Zij is dus vatbaar voor overdracht en vererving, evenals voor uitdrukkelijken of stilzwijgenden afstand — mits na het overlijden van den hertrouwden echtgenoot — en is bij gebreke van andere bepalingen daaromtrent aan de dertigjarige verjaring onderworpen.

Wat aangaat de vraag, of de actie, bij onroerend goed althans, zakelijke werking heeft, derhalve ook ontvankelijk is tegen derde bezitters, in verband met hetgeen boven is uiteengezet [1]), zal hierop het antwoord ontkennend moeten luiden, zij het dan ook in afwijking van hetgeen door de Fransche en ook onze Nederlandsche schrijvers algemeen wordt aangenomen [2]).

De Fransche schrijvers komen hiertoe door de aangenomen verwantschap met het leerstuk der legitieme en de disponibilité réelle, die zij hier voorstaan. Beide echter

---

1) Cf. inzonderheid no. 9 van dit Hoofdstuk.

2) Cf. b.v. Diephuis IV. bl. 412. Kist bl. 59 (70) e. v. Nienhuis I bl. 450. van Hall bl. 272. Triebels, diss. bl. 39.

meende ik te moeten wraken en dan zal geene zakelijke werking mogen worden aangenomen zonder dat deze uit de wet bepaald blijkt, waarvan echter geen sprake is. Integendeel, waar het er slechts om te doen is, dat de nieuwe echtgenoot niet te veel geniet, en deze dus volstaan kan met het exces in contanten of hoe dan ook terug te geven, is hier voor eene zakelijke werking der bepaling geen reden en de actie zal dus niet anders dan als eene persoonlijke tot inkorting tegen den nieuwen echtgenoot beschouwd kunnen worden. Van wat de nieuwe echtgenoot reeds mocht ontvangen hebben is deze onherroepelijk eigenaar geworden en waar hij onroerend goed, dat daartoe behoorde, mocht vervreemd hebben, kan op hem nimmer toepasselijk worden geacht de regel: „Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet [1])."

Om in de actie te slagen is practisch vereischte, dat de aanwezigheid der omstandigheden, die het beginsel van toepassing doen zijn, worde bewezen. Aangetoond zal dus moeten worden, dat vaststaan alle factoren, wier kennis voor eene juiste toepassing van het beginsel onmisbaar is, terwijl, mocht het bewijs hieromtrent falen, de geheele bijzondere bepaling in zooverre als van geene bovenmatige bevoordeeling blijkt, niet tot uitwerking komt.

Inzonderheid in het geval van art. 236, bij de bevoordeeling door eenige huwelijksgemeenschap, zal dit bewijs te pas komen [2]). Faalt men hier in het bewijs, dan is het

---

1) Aldus TRIEBELS, diss. bl. 39.

2) Cf. P. W. 1709 en eene zelfde uitspraak voor eene huwelijksgemeenschap, aangegaan onder vigeur van den Code, in P. W. 2518.

gevolg, dat op de verdeeling bij helfte nimmer kan worden teruggekomen.

Wat nu de bewijsmiddelen betreft, daar de wet hier geene enkele beperking heeft gemaakt, moet men aannemen, dat alle door haar toegelaten bewijsmiddelen hem, die zich op de toepassing dezer artikels beroept, tot staving van zijn beweren, ten dienste zullen staan. In het bijzonder dient opgemerkt te worden, dat getuigenbewijs en dus ook niet op de wet zelve gegronde vermoedens of buiten rechte gedane bekentenis tot elk bedrag zijn toegelaten, daar de algemeene regel van art. 1932 B. W. hier van toepassing is [1]).

Zoo zullen hier ook de registers en huisselijke papieren, bedoeld in art. 1918 B. W., in aanmerking komen krachtens de slotalinea van dit artikel, en de rechter zal hier te eerder ter versterking zijner overtuiging tot deze bepaling de toevlucht moeten nemen, waar er vaak weinig gelegenheid zal zijn zich ander bewijs te verschaffen.

Bij de herziening in 1832 werd deze moeielijkheid gevoeld en ter ondervanging daarvan door de derde afdeeling der Tweede Kamer voorgesteld bij het aangaan van een tweede huwelijk het opmaken van een inventaris, bevattende den boedel van den hertrouwden echtgenoot, verplichtend te stellen. Maar om verschillende redenen werd dit door de Regeering onraadzaam geacht [2]), zoodat het voorstel op niets uitliep. Ware het aangenomen, dan zou het ongetwijfeld vele moeielijkheden hebben uit den weg

---

1) Diephuis IV bl. 413. (Cf. Guillouard t. a. p. no. 1434).

2) Cf. Voorduin II bl. 416.

geruimd, en, anders dan DIEPHUIS opmerkt [1]), in vele gevallen voldoende hebben aangetoond, wat men weten moet, n.l. de aanbrengsten in het tweede huwelijk.

Moeten dus de algemeene wettelijke bewijsmiddelen hier zoo ruim mogelijk worden toegelaten, anderzijds zij men op zijne hoede, en wachte zich er voor de toevlucht te nemen tot die, welke in de wet niet of slechts voor bijzondere gevallen bekend zijn.

Wat de laatste betreft, denke men b.v. aan de algemeene bekendheid, in het geval van art. 221 al. 3 bij gemeenschap van winst en verlies voldoende bewijsmiddel geacht. Hoe wenschelijk het misschien ware, dat dit ook hier zou gelden, toch mag men buiten de wet om dit exceptioneele middel niet aannemen [2]).

14. Ten slotte zij opgemerkt, dat er in ons Burgerlijk Wetboek nog eene actie is opgenomen, waarmede die van art. 236 al. 2 niet mag worden verward, n.l. die, bedoeld in art. 1158, tot vernietiging van boedelscheiding. Deze laatste actie toch is eene geheel andere dan de eerste. Immers zij is gericht tegen de overeenkomst van boedelscheiding, tast op de in art. 1158 genoemde gronden deze zelve aan.

Geheel anders de actie van art. 236. Deze bedoelt slechts eene inkorting van het bovenmatig voordeel, dat aan den nieuwen echtgenoot uit huwelijksgemeenschap of nalatenschap is opgekomen en waar zij dus inbreuk maakt op de toedeelingen, welke bij eene boedelscheiding hebben

---

1) DIEPHUIS IV bl. 412—413.

2) Cf. GUILLOUARD t. a. p.

plaatsgehad, geschiedt dit niet om redenen, in art. 1158 genoemd, of in het algemeen wegens eenige fout of dwaling, welke daarbij begaan is: integendeel, die boedelscheiding zal als regel volkomen in orde zijn, maar de inkorting heeft plaats geheel buiten de boedelscheiding om. Irrelevant is hier dus de vraag, of art. 1158 limitatief de gevallen van vernietiging van boedelscheiding opsomt, dan wel of alle andere gevallen van dwaling dan die, welke benadeeling voor meer dan een vierde veroorzaken, die ook voor aanvechting vatbaar doen zijn, met welke laatste bewering men de identiciteit der actie van art. 236 al. 2 met die van art. 1158 trachtte te redden.

Deze vraag zal intusschen m. i. voor error juris zeker, voor error facti zeer waarschijnlijk, — dit blijkt vooral uit de geschiedenis van het correspondeerend Code-artikel, — in den eersten zin moeten worden beantwoord [1]). Het beroep op art. 236 gaat echter geheel buiten dat op art. 1158 om.

Buiten de gevallen van art. 1158 kan dus tegen eene definitieve scheiding nimmer meer worden opgekomen, want door na des hertrouwden overlijden op eene andere wijze te scheiden en te verdeelen als bij de wet is bepaald, zelfs al is daarbij niet uitdrukkelijk alle vrijwaring uitgesloten, zooals veelal pleegt te geschieden, hebben de voorkinderen hun recht verwerkt en van de voor hen gunstige bepaling stilzwijgend afstand gedaan.

Volkomen terecht werd dan ook door de rechtbank te

---

1) Zie hiervoor voorts Mr. van Ittersum in Rechtsg. Mag. 1899 bl. 337 e. v.

Utrecht bij haar vonnis van 23 November 1898 [1]), bevestigd door het Hof te Amsterdam bij arrest van 26 Juni 1899 [2]), aan de voorkinderen een beroep op de artt. 236 en 949 B. W., ingesteld vier jaren na eene bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot plaatsgehad hebbende boedelscheiding, waarbij aan den nieuwen echtgenoot te veel zou zijn toebedeeld, ontzegd: immers het beroep op deze wetsartikels was verwerkt en de daarmede bedoelde verkapte actie van art. 1158, voorzoover die al ontvankelijk was, door de decheance van art. 1162 vervallen.

De Afdeeling van Vernietiging van Boedelscheiding staat dus met deze materie in geenerlei verband.

Beschouwen wij thans de afzonderlijke artikels en de vragen, die zich daarbij voordoen, meer in het bijzonder.

---

1) W. v. h. R. 7212.

2) W. v. h. R. 7314.

## VIERDE HOOFDSTUK.

# Artikels 236 en 240 van het Burgerlijk Wetboek.

---

1. Reeds in den aanvang werd opgemerkt, dat in art. 236 bijna elk woord, en zeer zeker elk zindeel tot één of meer punten van twijfel aanleiding gaf, en daarom is dit artikel wel eene zeer nauwkeurige nadere beschouwing waard, wil men niet over verscheidene dier moeielijkheden heenglijden.

Het beginsel der Lex Hac edictali, gelijk dit ook ten onzent voor huwelijksgemeenschap bedoeld is, brengt in het karakter van deze, zooals ons B. W. haar in de artt. 174 e. v. doet kennen, niet de minste verandering, behoudens alleen de beperking der bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot, die op daartoe door de voorkinderen gedane vordering wordt toegepast op het tijdstip van overlijden van den hertrouwden echtgenoot.

Boven bleek reeds, dat dit duidelijk uit de artt. 235 en 236 voortvloeit en met het oog op de gevolgen, die hieruit zijn af te leiden, mag dit nog wel eens in de eerste plaats herhaald worden.

Zoolang de huwelijksgemeenschap standhoudt, heeft zij dus ook hier volkomen het karakter der ondeelbare eenheid, krach-

tens het Oud-Germaansch beginsel aan haar toegeschreven, zoodat de echtgenooten wederkeerig tot het geheel gerechtigd zijn, zonder dat men hier, wat hunne verhouding naar buiten betreft, aan onverdeelde aandeelen denken kan; ieder heeft bezit en eigendom van het geheel, als ware hij alleen eigenaar en het recht van den een behoeft in geen enkel opzicht voor dat van den ander te wijken, de dusgenaamde Gezamende Hand, die ook hier onbeperkt geldt en waaronder alle goederen en schulden, die van den aanvang af of eerst later door erfenis, schenking enz. de gemeenschap uitmaken, gelijkelijk begrepen zijn.

Evenzoo vertoont de huwelijksgemeenschap hier bij hare ontbinding geenerlei afwijking: zij zal op de gewone wijze bij helfte worden verdeeld. Eerst bij het overlijden van den hertrouwden eehtgenoot, hetzij dit de oorzaak is dier ontbinding, hetzij dit later plaatsheeft, wordt na het inroepen der beperkende bepaling van die verdeeling bij helfte afgeweken en aan den nieuwen echtgenoot minder dan het bedrag dier helft toegestaan.

2. Waar de huwelijksgemeenschap hier dus volkomen hetzelfde karakter heeft als in eerste huwelijk, is de positie, door de echtgenooten ten opzichte daarvan ingenomen, hier dan ook geene andere dan daar.

Bepaaldelijk ziet dit op de bevoegdheid van den man tot beheer, vervreemding, bezwaring, enz., gelijk die in de Tweede Afdeeling van den Zevenden Titel van het Eerste Boek B. W., over de Wettelijke Gemeenschap van Goederen handelende, hem wordt toegekend, en op de daarmede dus gepaard gaande onbevoegdheid tot beheer en beschikking van de vrouw.

Gevolg hiervan zal wezen, dat er in praktijk van de belangen der voorkinderen, waarom de geheele bepaling bedoeld is, vaak weinig terecht zal komen, waar n.l. de man de nieuwe echtgenoot is, die met de goederen der gemeenschap naar willekeur handelen en dus art. 236 volkomen illusoir maken kan. Hoe weinig dit misschien in des wetgevers bedoeling moge gelegen hebben, hiertegen valt niets in te brengen. Daarentegen heeft de vrouw ook weder het recht afstand te doen van de huwelijksgemeenschap, terwijl voorts alle regelen omtrent de aansprakelijkheid voor schulden, welke volgens artt. 185 e. v. B. W. na de ontbinding der huwelijksgemeenschap gelden, ook hier ten volle van toepassing zullen zijn. De schuldeischers toch staan geheel buiten de bepaling van art. 236 [1]).

Slechts indien bij het overlijden van den hertrouwden eehtgenoot blijkt, dat de in dit artikel aan den nieuwen echtgenoot als maximum gestelde maat van bevoordeeling krachtens de huwelijksgemeenschap door hare verdeeling bij helfte zou zijn overtreden en hierop door de voorkinderen beroep wordt gedaan, heeft de verdeeling krachtens de in art. 236 aangegeven methode plaats, of wordt de vroeger plaatsgehad hebbende verdeeling in zooverre gewijzigd, door inkorting van hetgeen de nieuwe echtgenoot te veel ontving.

Ziehier de geheele werking, want het is en blijft ook ten onzent eene uitzonderingsbepaling op het algemeene beginsel, gesteld in art. 183, en moet als zoodanig in

---

1) Aldus terecht rechtbank Amsterdam 15 Sept. 1892, W. 6384, P. W. 8401. Cf. ook rechtbank Zwolle 7 Sept. 1865, P. W. 4812.

engen zin worden toegepast, hetgeen op meer dan ééne wijze practisch blijkt.

In het vorige Hoofdstuk werd reeds uiteengezet, hoe dubbele bevoordeeling is uitgesloten in tweeërlei zin, eerstens, wat de wijze van bevoordeeling aangaat en in de tweede plaats, wat den persoon des genieters betreft: slechts eenmaal mogen alle opvolgende echtgenooten te zamen, op welke door de wet genoemde wijze dan ook, tot het beloop van het geoorloofd maximum bevoordeeld worden.

Voor de toepasselijkheid van art. 236 is natuurlijk conditio sine qua non de aanwezigheid van een of meer voorkinderen bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot.

Voor het geval, dat beide echtgenooten voorkinderen uit een vroeger huwelijk mochten hebben, dus over en weder hertrouwde en nieuwe echtgenoot zouden zijn, spreekt het vanzelf, dat de geheele bepaling geenszins hare toepasselijkheid verliest [1]), maar integendeel volkomen van kracht blijft, terwijl hier de voorkinderen, wier belangen er door beschermd moeten worden, die zijn, wier hertrouwde vader of moeder het meeste ten huwelijk aanbracht, zooveel meer n.l. dan de andere hertrouwde echtgenoot, dat door gelijke verdeeling der huwelijksgemeenschap het artikel zou worden overtreden.

Die rijkste zal dus voor de toepassing der bepaling als de hertrouwde echtgenoot worden aangemerkt. Sterft hij

---

1) Aldus Mr. RIDDER DE VAN DER SCHUEREN ter plaatse bovenvermeld (Eerste Hoofdstuk no. 8 Noot op bl. 22).

het eerst, dan zal de huwelijksgemeenschap met inachtneming van art. 236 worden verdeeld, sterft daarentegen de andere echtgenoot het eerst, dan heeft voorloopig verdeeling bij helfte plaats om bij het overlijden van den rijksten echtgenoot zoo noodig nog door eene inkorting krachtens art. 236 gewijzigd te worden.

Wat daarentegen bevoordeeling bij huwelijksvoorwaarden of bij uitersten wil aangaat, zal nog blijken, dat de wederkeerige verhouding van hertrouwden en nieuwen echtgenoot blijft bestaan en derhalve voor de artt. 237 en 979 het zooeven gezegde niet van toepassing is [1]).

3. Wanneer kan nu met inachtneming van het voorgaande eene verdeeling der huwelijksgemeenschap krachtens art. 236 geëischt worden, of hetgeen de nieuwe echtgenoot door eene voorafgaande verdeeling bij helfte te veel genoot, tot de in dit artikel gestelde maat worden ingekort?

Het antwoord hierop luidt met de woorden van het artikel zelve:

Indien door de vermenging van goederen en schulden bij eenige gemeenschap aan den nieuwen echtgenoot eenig meerder voordeel zou opkomen dan ten beloope van het minste gedeelte hetwelk een der kinderen geniet of hoogstens het een vierde gedeelte van den boedel van den hertrouwden echtgenoot: ingeval n.l. van verdeeling bij helfte.

Dit nu zal pas kunnen blijken en het artikel toepasselijk maken bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot.

Op drie punten valt bij dit antwoord bijzonder de aandacht, zoodat men er zich nader rekenschap van moet geven:

---

1) Cf. Vijfde Hoofdstuk no. 6.

1°. Welke beteekenis moet worden toegekend aan die bevoordeeling door vermenging van goederen en schulden bij eenige gemeenschap?

2°. Waaruit wordt afgeleid de maatstaf van het minste kindsgedeelte of hoogstens een vierde des boedels van den hertrouwden echtgenoot?

3°. Op welke wijze wordt dan dit minste kindsgedeelte of een vierde des boedels van den hertrouwden echtgenoot berekend?

4. Welke beteekenis heeft de uitdrukking:

*„Bevoordeeling door vermenging van goederen en schulden"?*

Letten wij, wat dit punt betreft, allereerst op de woorden: „vermenging van goederen en schulden."

Ook deze zijn weder ontleend aan den Code: art. 1496, waar gesproken wordt van „la confusion du mobilier et des dettes," hetgeen ziet op de communauté légale van roerend goed, terwijl onze wet in art. 236 elke denkbare huwelijksgemeenschap op het oog heeft, van de meest beperkte af tot de wettelijke algeheele gemeenschap toe, en dus in het algemeen van goederen en schulden spreekt.

De uitdrukking nu is niet anders dan eene omschrijving van de werking der huwelijksgemeenschap, wat de daaraan onderworpen baten en schulden betreft. Opgemerkt werd reeds, dat deze hier in geen enkel opzicht van de gewone verschilt, behoudens na daarop gedaan beroep, de toepassing der beperkende bepaling bij hare ontbinding door het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, of zoo die ontbinding aan dat overlijden voorafging, dan eerst bij dit overlijden.

Zoolang de huwelijksgemeenschap, hetzij dan wettelijke of overeengekomene, bestaat, is dus alles wat van haren aanvang af of eerst later, nadat zij reeds is ingetreden, daarvan gaat deel uitmaken, aan die vermenging onderhevig en wordt in die eene en ondeelbare massa opgenomen.

De vermenging van goederen en schulden is dus niet eene gebeurtenis, die met een enkel oogenblik, n.l. dat van den aanvang der huwelijksgemeenschap, afloopt, zooals door sommigen wel eens ten onrechte is beweerd [1]), maar integendeel iets voortdurends, dat met die gemeenschap staat of valt, met elke vermeerdering er van uitgebreider, met elke vermindering er van beperkter wordt [2]). Zij is m. a. w. niets anders dan het effect der huwelijksgemeenschap.

5. In verband hiermede zal nu ook duidelijk zijn, wat onder bevoordeeling door die vermenging moet worden verstaan, n.l. het voordeel, dat de huwelijksgemeenschap aan den nieuwen echtgenoot blijkt te hebben opgeleverd, dat deze dus zonder haar niet zou genoten hebben.

Ook hier toch, gelijk bij de geheele toepassing van het beginsel der Lex Hac edictali, gaat het weder om het eindresultaat van bevoordeeling, aan den nieuwen echtgenoot opgekomen, dat eerst bepaald kan worden op het oogenblik van des hertrouwden overlijden, daar dan het genot der kinderen aanvangt.

De bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot door huwelijksgemeenschap staat dus, behoudens enkele ver-

---

1) Aldus b.v. BINNERTS t. a. p. bl. 517.

2) Aldus o. a. terecht SEGERS t. a. p. bl. 75.

schilpunten, eigenlijk op ééne lijn met die door schenking of uiterste wilsbeschikking, gelijk trouwens in den Code, welks stelsel in dezen ook het onze is, de artt. 1496 en 1527 eenvoudig naar art. 1098 verwijzen.

Tot eene juiste tenuitvoerlegging van het beginsel der Lex Hac edictali in het geval van huwelijksgemeenschap, het vaststellen van den maatstaf van het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd voordeel, zal men zich dus op het oogenblik, waarop de bepaling wordt toegepast, het tijdstip van des hertrouwden overlijden, deze twee vragen hebben te stellen:

1°. Hoeveel voordeel *heeft* de nieuwe echtgenoot door de vermenging van goederen en schulden, dus door de huwelijksgemeenschap *genoten*, indien aan hem de helft daarvan wordt toebedeeld of bij eene ontbinding daarvan, aan het overlijden van den hertrouwde voorafgaande, reeds is toebedeeld? en

2°. Hoeveel voordeel *mag* de nieuwe echtgenoot krachtens die huwelijksgemeenschap hoogstens *genieten?*

Hiertoe zal men dan eene fictieve berekening hebben te maken, — fictief, omdat men steeds voor oogen moet houden het niet intreden der nieuwe huwelijksgemeenschap, die er integendeel wel geweest is, — om zoo te geraken tot de vaststelling van het aandeel, dat den nieuwen echtgenoot in de huwelijksgemeenschap toekomt, waaronder dus ook begrepen het door de Lex Hac edictali bedoelde geoorloofde eindresultaat van bevoordeeling van den nieuwen door het opvolgend huwelijk van den hertrouwden echtgenoot, welke bevoordeeling zonder dit huwelijk of, juister nog, indien die huwelijks-

gemeenschap niet ware ingetreden, niet zou hebben plaatsgehad [1]).

Zooveel als nu het aandeel van het minst bevoordeeld kind zou bedragen in hetgeen de hertrouwde echtgenoot, ware hij niet in gemeenschap van goederen hertrouwd, zou hebben nagelaten, zooveel mag de nieuwe echtgenoot ook van den hertrouwde genieten. Dit is geheel in overeenstemming met het Romeinschrechtelijk beginsel, dat als maximum stelde het bedrag van wat de minst bevoordeelde werkelijk genoot, hetgeen ten onzent evenzeer gelden moet. Maar in het geval van een opvolgend huwelijk in gemeenschap van goederen, — in het Romeinsche recht, waar de vermogens der echtgenooten gescheiden bleven, nog onbekend, — zal voor bevoordeeling door die gemeenschap ten aanzien van hetzelfde beginsel hetzelfde resultaat moeten worden verkregen langs denzelfden weg, en dan kan dit, wederom gelet op de einduitkomst, niet anders dan door zich de vraag voor te stellen in den zooeven aangegeven zin. Aldus is het beginsel ook in het Oud-Fransche recht en door den Code opgevat en door zijne uitleggers, voorzoover mij gebleken is, niet anders verstaan, en niets wijst er op, dat men bij de vaststelling van onze wet van die volkomen logische opvatting heeft willen afwijken. Uit hetgeen boven omtrent hare wording, wat dit punt betreft, en haar stelsel in het midden werd gebracht, staat dit m. i. afdoende vast en door onze voornaamste schrijvers over dit onderwerp wordt dan ook dezelfde meening voorge-

1) Aldus ook Triebels, diss. bl. 32.

staan [1]). Houdt men het thans opgemerkte in het oog, dan heeft men den sleutel in handen tot oplossing der talrijke moeielijkheden en controversen, die zich naar aanleiding van de practische uitwerking van het voorschrift van art. 236 en van de vaststelling van het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd bedrag hebben voorgedaan.

6. Uit het voorgaande volgt dus, dat men zich hier zal hebben af te vragen, ter beantwoording der eerste zooeven gestelde vraag: Wat zou de nieuwe echtgenoot of wat zouden zijne erfgenamen qua talis op het tijdstip van de ontbinding der huwelijksgemeenschap bezeten hebben, zoo hij niet in gemeenschap van goederen met den hertrouwde gehuwd ware geweest? en ter beantwoording der tweede daar gestelde vraag: Wat zou de hertrouwde echtgenoot bij zijn overlijden hebben nagelaten, had er geene gemeenschap van goederen tusschen hem en den nieuwen echtgenoot bestaan? Twee fictieve massa's dus, fictief, zooals wij zagen, daar zij slechts in eene berekening op het papier bestaan, waarbij gefingeerd wordt, alsof nimmer tusschen de echtgenooten eene gemeenschap van goederen ware ingetreden, om aldus met inachtneming van het beginsel der Lex Hac edictali aan ieder het bedrag toe te wijzen, dat hem in die huwelijksgemeenschap, die er inderdaad wel geweest is, blijkt toe te komen.

Waar men derhalve eene fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot samenstelt, spreekt het vanzelf,

---

1) Cf. TRIEBELS, diss. bl. 32. BINNERTS t. a. p. bl. 530 en 531. Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 413 e. v. LAND I bl. 217. SEGERS t. a. p. bl. 92 Noot e. a.

dat men zich daartoe geheel zal hebben te plaatsen op het tijdstip van diens overlijden, dat in dezen het eenig uitgangspunt is. Bij de samenstelling der massa van den nieuwen echtgenoot echter is het anders gesteld. Hierbij toch komt het niet steeds en uitsluitend aan op het tijdstip van des hertrouwden overlijden: dit tijdstip legt hier geen gewicht in de schaal, zoo de ontbinding der huwelijksgemeenschap aan dat overlijden is voorafgegaan: juist het tijdstip van die ontbinding is hier het eenig uitgangspunt. Valt dit nu met dat van des hertrouwden overlijden samen, dan kan men gevoegelijk in allen deele dit laatste in het oog houden, is dit niet het geval, dan heeft dit laatste tijdstip alleen beteekenis voor de samenstelling der fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, voor die der fictieve massa van den nieuwen echtgenoot kan slechts het tijdstip van ontbinding der huwelijksgemeenschap gelden.

Dit verschil is volkomen natuurlijk De fictieve nalatenschap toch van den hertrouwde dient om te bepalen, hoeveel de nieuwe echtgenoot *genieten mag* en hiertoe moet men zich afvragen, wat het minst genietend kind tengevolge van het overlijden van den hertrouwde geniet; de fictieve massa van den nieuwen echtgenoot daarentegen wijst aan, hoeveel voordeel de nieuwe echtgenoot door de verdeeling bij helfte der huwelijksgemeenschap inderdaad *genoten heeft* of *genieten zou*, en hierbij geldt het slechts de huwelijksgemeenschap en het tijdstip harer ontbinding, omdat daarmede het genot van den nieuwen echtgenoot samenhangt, welk genot op zichzelf met de fictieve nalatenschap niets te maken heeft, daar

deze slechts ex post facto dit genot zoo noodig beperkt.

Hetzelfde nu, wat hier ten aanzien van de fictieve massa van den nieuwen echtgenoot is opgemerkt, zal, zooals aanstonds zal blijken, ook ten aanzien van het bedrag van winst en verlies gelden [1]).

Wat voorts de massa van den nieuwen echtgenoot aangaat, zij betreft slechts die zaken, welke van de huwelijksgemeenschap afkomstig zijn en vroeger daartoe hebben behoord, weder eene afwijking in samenstelling van die der massa van den hertrouwde, waartoe ook gerekend moeten worden zaken, die niet tot die huwelijksgemeenschap behoord hebben. Duidelijk zal dit verschil echter blijken, waar de samenstelling der massa's zelve behandeld wordt [2]).

Wordt nu in het geval van eene vroeger plaatsgehad hebbende verdeeling bij helfte bij des hertrouwden overlijden de actie tot inkorting, in art. 236 al. 2 bedoeld, ingesteld, dan zal, opdat deze actie uitwerking kan hebben, op de aanvankelijke verdeeling bij helfte van de huwelijksgemeenschap worden teruggekomen, niet dat de scheiding, die vroeger heeft plaatsgehad, zou worden te niet gedaan, want deze blijft onaangetast, maar aldus, dat men het halve bedrag der oorspronkelijk verdeelde huwelijksgemeenschap vergelijkt met dat der fictieve massa van den nieuwen echtgenoot (waaronder dan ook begrepen diens halve aandeel in winst of verlies) [3]), vermeerderd met het geoorloofd kindsgedeelte in de fictieve nalaten-

1) Cf. no. 11 hierna.

2) Cf. nos. 18 en 19 hierna.

3) Cf. no. 11 hierna.

schap van den hertrouwden echtgenoot (mede de helft van winst of verlies inbegrepen) [1]) om, indien het eerste meer blijkt te zijn dan het laatste, een bedrag gelijk aan dit excedent, op den nieuwen echtgenoot in te korten en ten voordeele van des hertrouwden nalatenschap te doen vallen [2]).

7. Zagen wij dus, dat men hier steeds zal hebben te letten op de beide factoren: hetgeen de hertrouwde en hetgeen de nieuwe echtgenoot zonder het intreden der huwelijksgemeenschap zouden hebben bezeten, nog een derde factor zal nimmer uit het oog mogen worden verloren en vereischt een afzonderlijk en nauwkeurig onderzoek, daar de wet hier van een ander beginsel uitgaat.

Het betreft hier hetgeen staande huwelijk is overgelegd of ingeteerd, mede ongetwijfeld in de vermenging van goederen en schulden begrepen, maar waarvoor de regel van verdeeling bij helfte weder intreedt.

Daartoe zal moeten worden stilgestaan bij art. 240, in 1832 nieuw in de wet opgenomen en dat het verschil van opvatting omtrent art. 236 eer nog vermeerderd dan verminderd heeft.

Het bepaalt, dat ook in het geval, waarin voorkinderen aanwezig zijn, winst en verlies tusschen de echtgenooten gelijk worden gedeeld, tenzij de gemeenschap daarvan bij huwelijksche voorwaarden zij uitgesloten of gewijzigd.

Zonder nadere toelichting kwam dit artikel in de wet. Toch ligt het voor de hand, dat men er hetzelfde mede

---

1) Cf. no. 11 hierna.

2) Cf. voorts no. 17 hierna.

bedoelde als met art. 1527 al. 3 van den Code, dat weliswaar in eene Afdeeling op conventioneele huwelijksgemeenschap slaande, voorkomt, doch algemeen geacht wordt een beginsel te bevatten, mede op de legale huwelijksgemeenschap toepasselijk [1]), volkomen terecht, wanneer men bedenkt, dat sedert ook de huwelijksgemeenschap aan de toepassing des Lex Hac edictali werd onderworpen geacht, de staande het nieuwe huwelijk door de echtgenooten gemaakte overwinst in den zin van overgespaarde inkomsten, niet ook beschouwd werd onder de beperkende bepaling te vallen, maar integendeel steeds bij helfte werd verdeeld, hetgeen men nu omgekeerd ook wel moest aannemen voor hetgeen gezamenlijk was ingeteerd, en dat dus bij helfte moest worden gedragen, al sprak de Code dit nog niet uitdrukkelijk uit.

De grond, waarop deze beslissing der wet steunde, zagen wij boven reeds.

Het is in werkelijkheid hier niet anders dan eene praesumptio juris et de jure, dat alle staande huwelijk overgespaarde inkomsten aan beide echtgenooten gelijkelijk te danken zijn en het feit, dat boven die inkomsten is verteerd, aan beiden gelijkelijk te wijten is.

De beperkende bepaling is dan ook eigenlijk niet tegen de inkomsten gericht, die bestemd zijn staande huwelijk te worden verteerd: wat daarvan echter door beider vlijt en spaarzaamheid overblijft, moet nu ook billijkerwijze aan beiden ten deel vallen, terwijl omgekeerd wat meer dan die wordt verteerd, voor beider rekening is. Aldus

---

1) Cf. Guillouard t. a. p. no. 1433.

worden terecht onoplosbare berekeningen, in hoeverre ieder der echtgenooten van vooruitgang of achteruitgang de oorzaak is, vermeden.

Onze wetgever heeft nu in 1832 ditzelfde beginsel, zoowel in den voordeeligen als in den nadeeligen zin uitgesproken in art. 240, en daarmede weder te kennen gegeven, dat hij zich ook in dezen bij den Code wilde blijven aansluiten en het historisch geworden beginsel eerbiedigen.

8. Daarom zal men m.i. in art. 240 niet slechts mogen zien eene bepaling voor het geval van gemeenschap van winst en verlies of van vruchten en inkomsten bij tweede of verder huwelijk. Weliswaar slaat het woord „daarvan" in de uitdrukking „de gemeenschap daarvan" taalkundig terug op „winst en verlies", dat voorafgaat, maar op grond van de ongelukkige redactie, die ook hier weder den wetgever uit de pen is gevloeid, mag het beginsel niet worden veranderd en zal dit woord dus ook op de wettelijke gemeenschap van goederen van toepassing moeten geacht worden. Bovendien ook met de tegenwoordige redactie is deze opvatting in overeenstemming: immers omtrent de winst of het verlies, in art. 240 bedoeld, kan ook bij algeheele gemeenschap van goederen wel iets anders bepaald worden dan verdeeling bij helfte, terwijl de overige bestanddeelen daarvan aan art. 236 onderworpen blijven. Dit wordt in art. 240, dat de verdeeling der winst of van het verlies aan art. 236 onttrekt, met zoovele woorden toegestaan, evenwel, zooals nog nader blijken zal, niet onbeperkt, maar ook hier weder met inachtneming van het beginsel der Lex Hac edictali.

De uitdrukking „winst en verlies" van art. 240 leidde

ook bij hen, die het artikel niet opvatten als alleen slaande op gemeenschap van winst en verlies, tot een zich aansluiten bij de bepalingen dezer gemeenschap, en niet geheel ten onrechte. Maar dit mag zich dan ook niet verder uitstrekken dan tot de definitie van art. 212, die inderdaad ook hier kan worden aanvaard, niet tot andere artikels dierzelfde Afdeeling, bepaaldelijk niet art. 213 of artt. 215 e. v., zooals mede nader blijken zal.

Steeds toch moet men blijven onderscheiden tusschen winst en verlies in art. 212 en die in art. 240, daar de eerste betreffen zaken, die het persoonlijk eigendom van ieder der echtgenooten gebleven zijn, terwijl de laatste slaan op zaken, die tot de huwelijksgemeenschap behooren en alleen voor de ter uitvoering van art. 236 noodige berekening der massa in het oog gehouden moeten worden.

De omschrijving van art. 212 geeft echter vrijwel weder, wat in art. 240 onder winst en verlies wordt verstaan en in Frankrijk onder datgene, dat ondanks de toepassing der Lex Hac edictali en van het Edit des Secondes Nôces bij helfte verdeeld moest worden, steeds verstaan is, zoodat hierover niet verder behoeft uitgeweid te worden.

Onjuist komt dus voor de meening van hen, die niet alleen art. 240 slechts op gemeenschap van winst en verlies toepasselijk achten, maar tevens ten aanzien der wettelijke gemeenschap van goederen van geene verdeeling van winst of verlies bij helfte willen weten. Wat de winst betreft, spreekt zich in dezen duidelijk uit Mr. VAN BELL [1]),

1) VAN BELL, „Onderzoek enz." bl. 10 e. v. en in Themis VIII bl. 189 e. v. Cf. ook de meening van Mr. WEVE in denzelfden geest, no. 14 hierna. TRIEBELS in zijne dissertatie bl. 25, VAN BELL weerleggend, wijst op het

die haar geheel onder de bepaling van art. 236 wil brengen, dus totaal bij de fictieve nalatenschap, waaruit het kindsgedeelte berekend moet worden, voegen en derhalve aan den nieuwen echtgenoot slechts een kindsgedeelte in het bedrag er van toekennen wil; wat het verlies betreft, jure constituendo althans, Mr. KOENEN [1]), die dit allereerst wil doen dragen door hetgeen de hertrouwde echtgenoot meer in de huwelijksgemeenschap aanbracht dan de nieuwe en het meerdere door de beide echtgenooten gelijkelijk, met een beroep er op, dat het bij huwelijksgemeenschap in eerste huwelijk eveneens zoo gaat, hetgeen daar echter eenvoudig een gevolg is van de gewone verdeeling bij helfte.

In beide gevallen wordt de beteekenis van winst en verlies bij de toepassing van het beginsel der Lex Hac edictali miskend.

Evenmin zal men dan vrede kunnen hebben met het-

---

onhoudbare van diens meening door het volgend voorbeeld te stellen: Neem aan, dat de huwelijksaanbrengsten van hertrouwden en nieuwen echtgenoot = nihil waren, maar bij de ontbinding des huwelijks eene winst blijkt te zijn gemaakt van f 10000.—.

Zou nu art. 240 niet gelden voor algeheele gemeenschap, dan zou de nieuwe echtgenoot in die f 10000.— hoogstens slechts gerechtigd kunnen zijn tot f 2500.—, doch ware in hetzelfde geval gemeenschap van winst en verlies bedongen geweest, dan tot f 5000.—, maar dan zou art. 237 (feitelijk ook art. 236 zelf) overtreden worden, dat verbiedt door huwelijksvoorwaarden (of andere huwelijksgemeenschappen dan de wettelijke) aan den nieuwen echtgenoot meer te doen toekomen dan het bij art. 236 geoorloofde.

Aldus zou dan ook bij gemeenschap van winst en verlies de winst en het verlies nooit bij helfte kunnen worden gedeeld en komt dus deze meening met zichzelve in tegenspraak.

1) KOENEN, Praeadvies no. 12 c. v.

geen Mr. Borret voor het verlies, de jure constituendo, wil aannemen [1]), n.l. verdeeling hiervan naar rato van ieders aanbrengst, om aldus de schijnbaar onbillijke positie van den nieuwen echtgenoot iets te verzachten. De groote grief toch van de hier aangehaalde juristen tegen de gelijke deeling van het verlies is, dat daardoor soms, als er n.l. veel is ingeteerd, aan den nieuwen echtgenoot uit eene solvente en wellicht zelfs nog veel omvattende huwelijksgemeenschap zou blijken minder dan niets, dus een passief, op te komen. Toch dwingt de m. i. juiste leer ook tot deze consequentie: immers waar de beide echtgenooten samen een bepaald bedrag inteerden, acht de wet door hare praesumptio juris et de jure beiden hiervan de oorzaak en wil, dat beiden hiervan de helft zullen dragen, evenals trouwens in eerste huwelijk, terwijl zij daarentegen, hier anders dan daar, in de aangebrachte activa niet aan ieder de helft, maar aan den nieuwen echtgenoot vaak veel minder toekent, zoodat deze laatste niet over onbillijkheid kan klagen, waar hij later, tengevolge van het op te hoogen voet leven der beide echtgenooten, voor een nadeelig saldo staat.

9. Bij enkele voordeelen, wier aard ook den uitleggers van het leerstuk der gemeenschap van winst en verlies tot twijfel aanleiding gaf, dient nog even stilgestaan te worden: bedoeld worden allereerst schatten, gevonden in eenig tot de gemeenschap behoorend onroerend goed.

Het zal wel geene tegenspraak ondervinden, dat deze geene door vlijt en spaarzaamheid overgelegde inkomsten

---

1) Borret t. a. p. in W. N. R. 1336 bl. 398.

zijn, maar veeleer één geheel uitmaken met het goed, waarin zij zijn gevonden, en dus ook niet onder art. 212 gerangschikt kunnen worden, dat op periodiek terugkeerende voordeelen doelt.

Zij zijn dus niet onder de in art. 240 bedoelde winst begrepen [1]), en hetzelfde zal moeten gelden voor prijzen, gevallen op premieloten of dergelijke, die van de zijde van een der echtgenooten aan de gemeenschap zijn opgekomen, en al evenmin onder art. 212 gebracht kunnen worden, maar moeten worden geacht in de plaats te treden van het aldus uitgelote premielot [2]).

Waar echter een schat is gevonden in- of een prijs is gevallen op iets, dat met overgespaarde penningen was gekocht, daar verandert natuurlijk het voorgaande of liever, daar volgt wederom de schat of de prijs de zijde, vanwaar zij afkomstig zijn en is ieder der echtgenooten in het bedrag daarvan als in een bestanddeel der winst voor de helft gerechtigd.

Ten slotte zal m. i. in elk geval tot de winst gerekend moeten worden hetgeen een der echtgenooten aan voordeel behaalt door spel of weddenschap. Al moge dit wel niet onder de letter van art. 212 vallen, toch is het er bij eene eenigzins ruime interpretatie zeer goed onder te brengen, daar, gelijk van andere, ook van deze, zij het dan ook min of meer toevallige, inkomsten — voor meer-

1) Anders zal m. i. moeten worden beslist voor delfstoffen, turf uit veengronden enz., die analogice onder de vruchten kunnen gerekend worden.

2) In gelijken zin ad art. 212 o. a. Opzoomer I bl. 245 en 242 noot 2. en Asser en van Heusde I 3e druk bl. 242. Anders Diephuis IV bl. 337—338.

deren zelfs bron van inkomsten — beide echtgenooten evenzeer het genot behooren te hebben [1]).

Omgekeerd zal, indien op deze wijze verloren wordt, dit verlies dan ook gelijkelijk ten laste van beide echtgenooten moeten komen, waartegen te minder bezwaar bestaat, waar, daargelaten het beroep op art. 1825 B. W., dat na voldoening der schulden niet meer baat, de vrouw, indien haar man te ver mocht gaan, scheiding van goederen kan vragen.

10 Niet als winst kunnen worden beschouwd staande huwelijk geërfde of verkregen zaken, die bij de samenstelling der massa's en de bepaling van wat de nieuwe echtgenoot genieten mag, zooals nog nader blijken zal, moeten worden bijgeteld aan de zijde van hem of haar, van wiens kant zij zijn opgekomen.

Ook dit is weder een gevolg van het beginsel. Zoodanige zaken onder de bij art. 240 bedoelde winst te brengen, ware daarmede dus in strijd en eene miskenning van het begrip winst, ook in dit leerstuk.

Waar POTHIER [2]) en andere oude schrijvers ze nog als winst beschouwden, op grond hiervan, dat het Edit des Secondes Nôces waakte tegen opzettelijke bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot, terwijl erfenissen en schenkingen integendeel ongedachte voordeelen waren, werd deze opvatting door de nieuweren, die meer op het eindresultaat der bevoordeeling letten, terecht verlaten [3]),

---

1) Aldus o.a. DIEPHUIS en ASSER en VAN HEUSDE t. a. p.

2) POTHIER t. a. p. no. 553.

3) GUILLOUARD t. a. p. no. 1441. en Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1334 bl. 370.

Immers indien de huwelijksgemeenschap niet ware ingetreden, zouden de hier bedoelde voordeelen voor het geheel aan den echtgenoot, die ze erfde of ontving, zijn opgekomen, derhalve zullen zij ook voor het geheel bij zijne massa of fictieve nalatenschap worden opgeteld en kunnen niet als winst worden beschouwd, daar deze een ander karakter draagt.

Vandaar de onjuistheid der meening van Mr. BINNERTS [1]), die deze ingang tracht te doen vinden op grond hiervan, dat de vermenging, in art. 236 bedoeld, slechts plaatsheeft en afloopt op het enkel oogenblik der huwelijksvoltrekking, zoodat alles wat daarna in de huwelijksgemeenschap valt, dus ook erfenissen, schenkingen, enz. aan de werking van art. 236 is onttrokken en als winst moet worden beschouwd.

Het bleek ons echter reeds, dat de in art. 236 bedoelde vermenging niet met een enkel oogenblik afloopt, maar inderdaad voortduurt, zoolang de huwelijksgemeenschap zelve bestaat, zoodat de meening van Mr. B. niet aanvaard mag worden.

Mede onhoudbaar is dan de uitspraak van Mr. JORDENS, in een vonnis door dezen als kantonrechter te Deventer gewezen, en nog nader door hem toegelicht [2]), maar door de rechtbank te Zwolle vernietigd [3]), dat n.l. de massa, waaruit het voordeel voor den nieuwen echtgenoot moet berekend worden, de boedel van art. 236, is de aanbrengst

---

1) BINNERTS in Regt en Wet XX bl. 515 e. v.

2) JORDENS in W. v. h. R. 5434.

3) Rechtbank Zwolle 12 Januari 1887, W. 5430.

ten tweede huwelijk, dus zonder erfenissen, die tot de winst behooren.

Ook Mr. J. plaatst zich dus geheel op het standpunt van de voltrekking des huwelijks, waarnaar hij ook weder het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd kindsgedeelte wil hebben berekend, dat dus volgens hem door latere omstandigheden, b.v. het geboren worden van kinderen uit het nieuwe huwelijk, niet verminderen kan, daar, zooals Mr. J. vreest, de nieuwe echtgenoot anders de voorkinderen zou kunnen dooden of het geboren worden van kinderen uit het nieuwe huwelijk verhinderen, eene ver doorgetrokken vrees voorwaar, die dan ook tot eene bijzondere meening leidt, welke wederom niet te aanvaarden is.

11. In verband met het boven betoogde [1]) heeft men dus drieërlei bij de toepassing van art. 236 steeds te onderscheiden:

1°. Dat wat staande huwelijk is overgelegd of ingeteerd, hetgeen bepaald wordt naar het oogenblik van ontbinding der huwelijksgemeenschap.

2°. De fictieve massa van den nieuwen echtgenoot, hetgeen deze bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap (niet daarvan afkomstig) zou bezeten hebben, ware die niet ingetreden.

3°. De fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, hetgeen deze bij zijn overlijden zou hebben nagelaten [2]) onder dezelfde negatieve voorwaarde.

Het sub 2°. genoemde, te vermeerderen met de helft van het sub 1°. vermelde, strekt dus ter vaststelling van

1) Cf. no. 3 e. v. hiervoor.
2) Cf. hiervoor voorts no. 17 e. v. hierna.

wat de nieuwe echtgenoot bij de ontbinding der tweede huwelijksgemeenschap, indien deze niet ware ingetreden, zou bezeten hebben, het sub 3°. genoemde, dat mede met de helft van het sub 1°. vermelde moet vermeerderd worden, daarentegen ter bepaling van het voordeel, dat de nieuwe echtgenoot genieten mag.

Het sub 1°. genoemde, de winst en het verlíes, bestaat dus òf uit tijdens de huwelijksgemeenschap gekapitaliseerde inkomsten, òf uit sommen tijdens het bestaan daarvan besteed voor gemeenschappelijke uitgaven, waartoe het kapitaal is aangesproken.

Winst en verlies hangen dus uitsluitend samen met het bestaan der huwelijksgemeenschap. Zoolang deze voortduurt, kan hun omvang nog gewijzigd worden: na hare ontbinding echter niet meer. Op dit laatste oogenblik toch staat het bedrag der gemaakte winst of van het geleden verlies onherroepelijk vast, en maakt uit het verschil tusschen het totaal der huwelijksgemeenschap bij hare ontbinding en de som der boven omschreven fictieve massa van den nieuwen echtgenoot en van eene dergelijke fictieve massa van den hertrouwden echtgenoot [1]).

Winst of verlies wordt nu aan elke der beide zijden voor de helft in rekening gebracht.

---

1) Men lette er op, dat hier niet bedoeld wordt de boven (cf. no. 6 hiervoor) vermelde fictieve nalatenschap van den hertrouwde, want hier is het er om te doen vast te stellen een der factoren, waaruit de huwelijksgemeenschap bij hare ontbinding bestaat, en hiertoe moet ook op de andere bestanddeelen het oog worden geslagen, n.l. hetgeen uitsluitend van de zijde van den nieuwen en uitsluitend van de zijde van den hertrouwden echtgenoot in de huwelijksgemeenschap is gevloeid.

Het resultaat van dezen derden factor is dus feitelijk, dat hij zich ten slotte oplost in den eersten of tweeden, aldus dat deze elk, al naarmate de derde factor positief of negatief is, met de helft daarvan vermeèrderd of verminderd worden.

Uit het bovenstaande volgt weder, dat, hoewel krachtens de uitdrukkelijke bewoordingen van art. 240 van de verdeeling bij helfte van winst en verlies mag worden afgeweken, deze afwijking zich niet verder mag uitstrekken dan dat aan den nieuwen echtgenoot behalve de helft in de winst ook nog een minste kindsgedeelte (resp. een vierde deel) in de wederhelft daarvan worde toegekend of dan dat ingeval van verlies de hertrouwde echtgenoot daarin behalve de helft ook nog een kindsgedeelte (resp. een vierde deel) in de wederhelft zal hebben te dragen. Anders toch zou art. 236 weder overtreden zijn [1]).

12. Na het thans opgemerkte komt het gewenscht voor nog eens uitdrukkelijk aan het volgende te herinneren: De onderscheiding in de verschillende factoren, die men krachtens art. 236 maken moet, heeft slechts ten doel vast te stellen bepaalde bedragen en niet, zooals b.v. bij eene gemeenschap van winst en verlies geschiedt, de tweede huwelijksgemeenschap op te lossen in de bepaalde zaken, die van ieder der echtgenooten afkomstig zijn en die door hen met bespaarde penningen zijn aangekocht.

In het laatste geval toch is ieder eigenaar gebleven van wat hij bij de huwelijksvoltrekking bezat of hem sedert

---

1) Cf. o.a. SEGERS t. a. p. bl. 91.

door erfenis als anderszins is opgekomen, terwijl alleen de opgelegde inkomsten gemeenschapsgoed zijn.

Hier daarentegen is alles, wat daarvan niet uitdrukkelijk is uitgesloten, door de boedelmenging in de huwelijksgemeenschap opgegaan. Zoolang deze standhoudt, is ieder der echtgenooten daarvan onverdeeld eigenaar; bij eene ontbinding vóór het overlijden van den hertrouwde zal aan elke zijde de helft worden toebedeeld, zonder aanzien van welken kant de zaken gekomen zijn, en ook wanneer na dat overlijden de beperkende bepaling wordt toegepast, kunnen de echtgenooten of hunne erfgenamen voor het bedrag, waartoe zij gerechtigd zijn, de zaken der huwelijksgemeenschap verdeelen, gelijk zij onderling overeenkomen.

Wordt dus bij eene ontbinding door het overlijden van den hertrouwde op de beperkende bepaling geen beroep gedaan, ook dan heeft eenvoudig verdeeling bij helfte plaats. Sterker nog: blijkt de nieuwe echtgenoot door eene vroegere verdeeling bij helfte te veel te hebben ontvangen, zoodat de actie tot inkorting tegen hem zal worden ingesteld, dan kan hij volstaan met het bedrag, dat hij te veel ontving, in contanten op te leggen zonder eenige bepaalde zaak te behoeven te verantwoorden.

Slechts op bedragen komt de geheele berekening, die ter uitvoering van het beginsel der Lex Hac edictali noodig is, neder, zoo buiten gemeenschap van goederen als integendeel ook in verband daarmede, dus bij de toepassing van art. 236 [1]).

---

1) Cf. Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 415.

Hierbij mag echter niet uit het oog worden verloren een tweede regel, die hier evenzeer van kracht is: Aan deze bedragen, die men voor de toepassing van het beginsel kennen moet, liggen bepaalde zaken ten grondslag, waaruit zij moeten worden afgeleid, en dat zijn de zaken, van de zijde van ieder der echtgenooten in de huwelijksgemeenschap gevallen, gelijk mede die, met bespaarde inkomsten aangekocht, en wat de fictieve nalatenschap van den hertrouwde betreft, ook zaken, die buiten de gemeenschap bleven of na hare ontbinding zijn opgekomen.

13. Op de vraag: Naar welk tijdstip moeten deze zaken worden beschouwd? zal het antwoord thans, dunkt mij, wel voor de hand liggen.

Ofschoon de toestand daarvan zich in den loop der jaren zeer kan wijzigen en in verband daarmede de waarde aan rijzing en daling kan onderhevig zijn, zal toch voor elke rubriek slechts een enkel oogenblik den doorslag geven.

Voorzoover het n.l. betreft zaken, met overgespaarde penningen aangekocht, dus wier waarde den winstfactor helpt uitmaken, of wel zoodanige, van de zijde van den nieuwen echtgenoot afkomstig, dus wier waarde diens fictieve massa helpt vormen, zal slechts de waarde bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap kunnen gelden; voorzoover het daarentegen betreft zaken, van de zijde van den hertrouwden echtgenoot afkomstig, wier waarde dus diens fictieve nalatenschap helpt uitmaken, zal natuurlijk slechts het oogenblik gelden van diens overlijden [1]).

---

1) Wat betreft de samenstelling der fictieve massa van den hertrouwde

Naar een vroeger tijdstip is het natuurlijk onmogelijk die fictieve nalatenschap te bepalen of een antwoord te geven op de vraag, hoeveel de nieuwe echtgenoot, gelet op wat die uit de huwelijksgemeenschap ontving [1]), bij des hertrouwden overlijden zou bezeten hebben, indien deze niet in gemeenschap van goederen hertrouwd ware.

De waardebepaling der zaken zal dus eenig en alleen kunnen plaatshebben respectievelijk naar de juist vermelde tijdstippen [2]), in geen geval dus naar het oogenblik van den aanvang der tweede huwelijksgemeenschap, de voltrekking van het nieuwe huwelijk.

Op eene enkele uitzondering na is zoowel de Jurisprudentie als de Belastingadministratie omtrent het tijdstip der waardebepaling ook eenstemmig in dezen zin [3]) en begreep zij de juiste strekking van het beginsel.

Het blijkt echter niet duidelijk, of de Jurisprudentie zich wel voldoende rekenschap gegeven heeft van het feit, dat voor de overgespaarde zaken en die van de zijde van den nieuwen echtgenoot afkomstig, in het bijzonder het tijdstip van de ontbinding der huwelijksgemeenschap, voor die van de zijde van den hertrouwden echtgenoot afkomstig, ter samenstelling van diens fictieve nalaten-

---

in de huwelijksgemeenschap, in no. 11 bedoeld (cf. noot 1 op bl. 155), geldt natuurlijk slechts weder het tijdstip van de ontbinding der huwelijksgemeenschap.

1) Cf. no. 6 hiervoor.

2) Aldus ook Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 415 en W. N. R. 1338 bl. 438 kolom 1 al. 3 j°. kolom 2 laatste alinea.

3) Zie LEON ad art. 236 B. W. en het advies der Landsadvocaten van 19 Maart 1873 no. 730 Fo. 5 in P. W. 6414.

schap, alleen het tijdstip van diens overlijden uitgangspunt kan zijn [1]).

Eenmaal werd beslist, door de rechtbank te Haarlem, bevestigd door het Hof van Noord-Holland [2]), dat men tot het tijdstip van de ontbinding der huwelijksgemeenschap moest komen op grond der bepalingen van gemeenschap van winst en verlies, bepaaldelijk dus art. 215: eene onjuiste gevolgtrekking uit een onjuist motief. Dat het motief onjuist was, werd boven reeds aangetoond, maar evenzeer de gevolgtrekking: immers waar men krachtens art. 215 aanneemt, dat rijzing of daling der waarde den eigenaar der betrokken goederen bevoordeelt of benadeelt, — dit toch wil art. 215 zeggen —, dan zou deze in dit geval de gemeenschap zelve zijn en de waardevermeerdering of vermindering dus niet anders dan winst of verlies wezen, hetgeen onjuist is. De zooeven genoemde rechterlijke beslissingen dus, ofschoon tot het goede resultaat komend, miskennen toch het juiste beginsel, dat zij door de vraag in den boven aangegeven zin te stellen tot zijn recht hadden kunnen doen komen.

14. Geheel in strijd met het beginsel is dus de waardevermeerdering of vermindering als winst of verlies te

---

1) Zoo nemen kortweg aan de waarde bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap: rechtbanken Rotterdam 21 Februari 1881, W. 4621, en den Haag 23 December 1881, W. 4750, en Hof Arnhem 18 Juni 1884, W. 5108. Daarentegen letten bijzonder op de waarde bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot: rechtbanken Amsterdam 24 Maart 1875, R. B. 1875 Afd. A bl. 114, en Sneek 26 Januari 1877, W. 4092.

2) Rechtbank Haarlem 31 October 1865, bev. Hof Noord-Holland 10 October 1867, W. 3015, P. W. 5439.

beschouwen krachtens art. 240 en ze dan aan ieder der echtgenooten voor de helft toe te rekenen. Nimmer, — en ook wat onze wet aangaat, zou voor deze opvatting ook maar het minste bewijs aanwezig zijn, — heeft men dit hier verstaan onder winst of verlies, waarmede slechts bedoeld werd het resultaat van een minder of meer verteren dan de gemeenschappelijke inkomsten.

Niet aannemelijk kan dus worden geacht de meening van Mr. KOENEN [1]), die ook door Mr. BORRET is overgenomen in diens beschouwing over Mr. KOENENS Praeadvies [2]), dat n.l. de waardevermeerdering en vermindering, als zijnde winst en verlies, bij helfte moeten worden verdeeld, op grond hiervan, dat men anders geene huwelijksgemeenschap zou aannemen, maar ieder der echtgenooten eigenaar van zijne aanbrengst zou laten; juist hiertegen is ook boven uitdrukkelijk gewaarschuwd: door Mrs. KOENEN en BORRET wordt echter weder het grondbeginsel in zijne historische ontwikkeling over het hoofd gezien.

Insgelijks zal dit moeten gelden van Mr. BINNERTS [3]), die tot hetzelfde resultaat komt als Mr. KOENEN, zooals wij reeds zagen op grond, dat de vermenging van goederen en schulden, in art. 236 bedoeld, slechts een enkel oogenblik plaats heeft en alleen is eene vermenging der goederen bij den aanvang der huwelijksgemeenschap naar de waarde op dit tijdstip, zoodat al hetgeen die huwe-

---

1) KOENEN, Praeadvies no. 5 e. v. en inzonderheid no. 6, noot 9, no. 35 enz.

2) BORRET t. a. p. in W. N. R. 1336 bl. 400.

3) BINNERTS t. a. p. bl. 521 j°. 515 e. v.

lijksgemeenschap in waarde later nog toeneemt, als winst moet worden beschouwd. Ook hier gaat Mr. BINNERTS' redeneering weder uit van een onjuisten grond en houdt eveneens het boven opgemerkte niet in het oog.

Mede onjuist is dan de meening van Mr. WEVE [1]), die gelet wil hebben op de waarde der goederen, zooals die was bij het aangaan van het nieuwe huwelijk, doch zijn stelsel weder op eene andere wijze construeert: volgens hem toch moet onderscheiden worden tusschen winst en overwinst, zooals die ook in art. 177 B. W. tegenover elkander zouden zijn gesteld. Winst zou dan zijn waardevermeerdering der aangebrachte + het geheele bedrag der staande huwelijk geërfde goederen, overwinst daarentegen vruchten en inkomsten, zooals ook art. 177 noemt. Art. 240, dat ook van winst en verlies spreekt, zou uitsluitend doelen op de gemeenschap van winst en verlies of van vruchten en inkomsten, wat daaruit grammaticaal volgen zou.

In algeheele gemeenschap van goederen echter zouden noch winst noch overwinst bij helfte worden verdeeld. Integendeel, datgene, waartoe de nieuwe echtgenoot in de huwelijksgemeenschap zou gerechtigd zijn, zou behalve de waarde van zijne huwelijksaanbrengst nog bedragen een kindsgedeelte of een vierde des boedels van den hertrouwde, d. i. der halve huwelijksgemeenschap, want boedel beteekent „geheel van iemands bezittingen," als hoedanig hier de helft der huwelijksgemeenschap moet worden opgevat.

---

1) Mr. F. A. T. WEVE in Themis 1880 bl. 173 e. v. en 1881 bl. 492 e. v.

Deed men anders, verdeelde men b.v. de overwinst bij helfte of rekende men de waardevermeerdering hem ten goede, door wien de in waarde gestegen goederen zijn aangebracht, dan zou men volgens Mr. WEVE de huwelijksgemeenschap in tweede huwelijk willekeurig veranderen in eene van winst en verlies.

Onnoodig te zeggen, dat ook dit stelsel niet alleen de historische lijn verlaat, maar ook zonder voldoende motiveering nieuwe begrippen en eene nieuwe methode tracht in te voeren, die door den wetgever zeer zeker niet bedoeld zijn.

15. Mag men dus niet, door zich op het tijdstip der huwelijksvoltrekking te plaatsen, de waardevermeerdering of vermindering bij helfte verdeelen, evenmin mag men, van hetzelfde tijdstip uitgaande, redeneeren: de massa's der echtgenooten bij het overlijden van den hertrouwde of de vroegere ontbinding der huwelijksgemeenschap (winst en verlies nu terzijde gelaten) moeten zich onderling evenzoo verhouden als hunne aanbrengsten bij de huwelijksvoltrekking.

Aldus V. D. DOES DE BIJE [1]), die derhalve aanneemt, dat de waardevermeerdering of vermindering der zaken, door beide echtgenooten ten huwelijk aangebracht, tusschen hen moet verdeeld worden naar dezelfde verhouding als die der waarde, bij den aanvang der huwelijksgemeenschap, van de aanbrengst van den hertrouwden tot die van de

---

1) Jhr. A. H. VAN DER DOES DE BIJE, notaris te Soerabaja, „Het Goederenrecht der echtgenooten in tweede en verder huwelijk en de mogelijkheid om de daarop betrekking hebbende wetsbepalingen met behoud der gemeenschap te verbeteren." Zie inzonderheid bl. 27—36.

aanbrengst van den nieuwen echtgenoot, op grond, dat de aandeelen der echtgenooten in het aangebrachte staande het huwelijk niet gewijzigd kunnen worden: art. 174 j° art. 204 B. W.

De winst en het verlies, in art. 240 bedoeld, verdeelt hij bij algeheele gemeenschap ook wel bij helfte, maar onder den titel van aanwas, als iets, dat feitelijk niet tot de huwelijksgemeenschap behoort, eene soort daarnevens gaande gemeenschap van winst en verlies, want in de gemeenschap zelve zijn de echtgenooten van den aanvang af voor een vaststaand en niet meer wisselend gedeelte gerechtigd, n l. gelijk de in de huwelijksgemeenschap aangebrachte waarden zich verhouden, of beter nog, gelijk de aanbrengst van den hertrouwde, verminderd met een kindsdeel (d. i. een erfdeel ab intestato, uitgaande van het aantal voorkinderen, bij de huwelijksvoltrekking in leven), zich verhoudt tot de aanbrengst van den nieuwen echtgenoot, vermeerderd met dat kindsdeel.

Deze theorie, die in de eerste plaats het beginsel der Lex Haç edictali miskent, streeft in de tweede plaats haar doel voorbij, èn daar zij over het hoofd ziet, dat van vaststaande aandeelen in de huwelijksgemeenschap van haar aanvang af geen sprake behoeft te zijn, krachtens het karakter der huwelijksgemeenschap van Gezamende Hand, waarbij ieder der echtgenooten eigenaar is van het geheel, èn daar mede tot de huwelijksgemeenschap behoort de winst, die bij helfte moet worden verdeeld en dus met elke uitbreiding of inkrimping ieders aandeel in het geheel wijzigt. Ongemotiveerd is het natuurlijk die winst, welke ook een bestanddeel der onverdeelde huwelijksgemeenschap uit-

maakt, zich daaruit weg te denken en dan slechts van aandeelen in de aanbrengsten te spreken. VAN DER DOES DE BIJE gevoelt dit bezwaar tegen zijn stelsel en laat daarom de winst buiten de tweede huwelijksgemeenschap, waardoor hij feitelijk twee gemeenschappen vormt in plaats van ééne, lijnrecht in strijd met het wezen der huwelijksgemeenschap ook in dit leerstuk. Terecht achtte dan ook Mr. KOENEN in zijne Critiek hierop [1]), dit stelsel onverdedigbaar.

16. In verband met de waardebepaling der zaken, waarop ter uitvoering van het beginsel gelet moet worden, geve men zich ook nog rekenschap van eene omstandigheid, die met de waarde, welke die zaken ten slotte blijken te hebben, nauw samenhangt.

Het kan n.l. gebeuren, gelijk het in werkelijkheid ook meermalen plaatsheeft, dat zaken, van een der echtgenooten afkomstig, wier waarde dus later diens fictieve massa of fictieve nalatenschap doet toenemen, of ook zaken, met staande huwelijk overgespaarde penningen aangekocht, in waarde zijn vermeerderd ten koste van- of wel in waarde zijn verminderd ten behoeve van de zijde, vanwaar zij niet afkomstig waren, i. c. den anderen echtgenoot of de overgespaarde winst (c. q. het ingeteerd bedrag).

Ziet men dit over het hoofd, dan geeft de samenstelling dier fictieve massa's weder geen juist antwoord op de vraag: Hoe zou de toestand zijn geweest zonder de huwelijksgemeenschap in het nieuwe huwelijk?

Om dus den zuiveren toestand te krijgen, welke, zoo

1) KOENEN, „Een Oost-Indisch Praeadvies" in W. N. R. 1338.

die huwelijksgemeenschap niet ware ingetreden, bestaan zou hebben, zullen de bedragen, voor die waardevermeerdering besteed, aan de zijde, vanwaar zij afkomstig waren, moeten worden vergoed.

Hetzelfde zal plaatshebben, indien b.v. zaken, van een der echtgenooten afkomstig, zijn verkocht en de opbrengst in het huishouden is verteerd, in welk geval het bedrag dier opbrengst door den winst- (c.q. verlies-)factor aan dien der fictieve massa of fictieve nalatenschap van dien echtgenoot moet worden vergoed [1]).

In het algemeen kan men dus zeggen, dat eene vergoeding moet plaats hebben, zoo eene verrijking van een der factoren ten koste van een anderen heeft plaatsgehad [2]).

Ook hierin heeft men nu weder niet te zien eene verwarring met de gemeenschap van winst en verlies, maar slechts eene fictieve berekening voor de juiste uitvoering van het beginsel in kwestie onvermijdelijk, zonder dat het om de zaken zelve gaat, gelijk bij de gemeenschap van winst en verlies het geval is [3]).

17. Voorzoover de nieuwe echtgenoot in de huwelijksgemeenschap gerechtigd is tot een bedrag, gelijkstaande met de halve winst (c. q. het halve verlies), vermeerderd met zijne eigen fictieve massa (hierbij dus niet

---

1) Cf. Hof Arnhem 18 Juni 1884 W. 5108.

2) Cf. ook eene toepassing van dit beginsel in P. W. 9437, waarin voor baten, in de huwelijksgemeenschap aangebracht door een der echtgenooten, welke waren besteed tot voldoening van eene niet tot die gemeenschap behoorende periodieke uitkeering, aan dien echtgenoot eene reprise wordt toegestaan.

3) Cf. Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 415.

gerekend persoonlijk eigendom gebleven goederen, welke nimmer tot de huwelijksgemeenschap hebben behoord), is er van eenige bevoordeeling, van de zijde van den hertrouwden echtgenoot aan hem opgekomen, nog geen sprake. Die vangt n.l. eerst aan bij hetgeen de nieuwe echtgenoot meer dan dit vereenigd bedrag uit de gemeenschap van goederen geniet. Art. 236 is echter pas overtreden, zoo dit meerdere het minste kindsgedeelte uit de fictieve nalatenschap van den hertrouwde te boven gaat [1]).

Alleen in dit laatste geval zal dus van den algemeenen regel van de verdeeling bij helfte, in art. 183 gesteld, kunnen worden afgeweken of zal op zoodanige verdeeling, waar die reeds heeft plaats gehad, met eene actie tot inkorting kunnen worden teruggekomen.

Is het totaal bedrag van de halve winst (c. q. het halve verlies), vermeerderd met dat der fictieve massa van den nieuwen echtgenoot en het minste kindsgedeelte van de fictieve nalatenschap van den hertrouwde ook maar iets minder of zelfs gelijk aan de helft der huwelijksgemeenschap, dan is van eene toepassing der bepaling geen sprake [2]).

---

1) Cf. no. 6 hiervoor.

2) Onjuist is dus eene uitspraak van den kantonrechter te Alphen, bevestigd, ondanks de conclusie van het O. M. in tegengestelden zin, door de voormalige rechtbank te Leiden en verdedigd door J. LANSEN CROIN: „Gemeenschap en Scheiding bij tweede en verder huwelijk", Goes, KLEEUWENS en ZOON 1893, dat indien de nieuwe echtgenoot meer in de huwelijksgemeenschap aanbrengt dan de hertrouwde, hij aan dezen laatste de helft van zijne aanbrengst verliest om daarvoor slechts een kindsgedeelte in diens aanbrengst terug te ontvangen, in plaats van in zoodanig geval verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte aan te nemen. De aldus gevolgde berekening is volkomen in strijd met het karakter van het ge-

Zoo staat men thans voor de vraag: Hoe moet ieder der factoren, in no. 11 van dit Hoofdstuk genoemd, die van de winst (c. q. van het verlies) en die van de fictieve massa en fictieve nalatenschap der echtgenooten, worden bepaald?

Ter samenstelling dezer drie factoren zullen dus drie staten moeten worden gemaakt:

I. die van winst of verlies;

II. die der fictieve massa van den nieuwen echtgenoot;

III. die der fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot.

18. Nog eenige opmerkingen dienen, alvorens hiertoe worde overgegaan, te worden gemaakt. De eerste is, dat voorzoover zaken door wederbelegging zijn vervangen door andere, de laatste geacht worden in de plaats der eerste gekomen te zijn. Dit spreekt eigenlijk vanzelf.

Het zal zich echter, vooral bij de algeheele gemeenschap van goederen, veelvuldig voordoen, dat bij zulk eene wederbelegging bedragen van twee zijden worden dooreengemengd, b.v. de man verkoopt een huis, door hem, en een tweede, door zijne echtgenoote ten huwelijk aangebracht, en koopt voor de opbrengst één grooter huis aan. In dit geval zal de waarde van het aldus aangekochte huis aan de zijde van ieder der echtgenooten worden te goed gerekend in dezelfde verhouding als er oorspronkelijk voor besteed is.

heele beginsel en mist allen grond. In nog sterker mate zal dit natuurlijk gelden van de meening van hen, die in een geval als zooeven uiteengezet, in plaats van bij helfte te verdeelen, aan den nieuwen echtgenoot het vol bedrag van diens aanbrengst toekennen behalve nog de halve winst en een kindsdeel van de aanbrengst van den hertrouwde, zooals eenmaal door een voormalig Amsterdamsch kantonrechter is staande gehouden.

Eene tweede opmerking is nog, dat als verlies moet worden beschouwd het bedrag van alle zaken, die er oorspronkelijk wel zijn geweest, maar bij de ontbinding des huwelijks niet meer aanwezig blijken te zijn zonder geheel te zijn vergaan of door wederbelegging te zijn vervangen door andere.

De opbrengst daarvan, of zoo deze niet vaststaat, de laatst bewijsbare waarde, zal dan aan de zijde, vanwaar die zaken afkomstig waren, worden te goed gerekend, maar bij den winst- (resp. verlies-) factor zal een gelijk bedrag in mindering worden gebracht, daar deze zaken eenvoudig zijn ingeteerd [1]).

Hieronder moeten eveneens worden begrepen de zaken, welke zijn weggeschonken, en met het bedrag daarvan, de waarde dus op het tijdstip der schenking [2]), moet mede worden gehandeld als met de opbrengst der ingeteerde zaken. Alle schenkingen met gemeenschapsgoed toch doen de winst weer evenveel minder of het verlies weer evenveel grooter zijn.

Voorzoover dit interen of wegschenken van voormalig gemeenschapsgoed is geschied na de ontbinding der huwelijksgemeenschap vóór des hertrouwden overlijden, moet men onderscheiden: Heeft n.l. een der echtgenooten zaken verteerd of weggeschonken, oorspronkelijk van de zijde van den anderen echtgenoot afkomstig, dan moet van zaken, afkomstig van de zijde van den nieuwen echtgenoot, de waarde bij de ontbinding der tweede huwelijks-

---

1) Cf. no. 16 in fine van dit Hoofdstuk en ook het daar vermeld arrest van het Hof te Arnhem.

2) Cf. Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 414 kolom 1 al. 3.

gemeenschap, en van zaken, afkomstig van de zijde van den hertrouwden echtgenoot, de opbrengst of waarde bij de schenking in beide gevallen aan de zijde, vanwaar zij afkomstig waren en aan wie zij niet weder zijn toebedeeld, voor het geheel worden te goed gerekend. Heeft dit verteren of wegschenken echter plaatsgehad met zaken, van de zijde van dien echtgenoot zelf afkomstig, dan zal wat den nieuwen echtgenoot betreft, het bedrag er van — weder bepaald naar het tijdstip van ontbinding der huwelijksgemeenschap — bij diens massa worden opgeteld zonder het ook weer af te trekken, daar hij geacht wordt dit bedrag ontvangen te hebben en het hem dus op wat hem competeert, wordt toegerekend. Wat evenwel de fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot betreft, hierbij komt dit in het geheel niet meer in aanmerking, daar die nu zooveel minder nalaat [1]).

Op de regels van inbreng of van bijtelling tot berekening der legitieme portie maakt dit alles volstrekt geen inbreuk, daar het hier immers slechts de fictieve berekening geldt. In al deze gevallen komt het dus aan op de opbrengst van hetgeen is ingeteerd of het bedrag der schenkingen, daar de zaken nu in andere handen zijn gekomen, zoodat niet meer op die zaken zelve behoeft te worden gelet, maar slechts op het bedrag, dat daarmede a. h. w. is prijsgegeven [2]).

---

1) Cf. voorts nos. 20 en 21 hierna.

2) Behoudens de beide (op bli 169 onderaan en bl. 170 bovenaan) genoemde gevallen, waar geldt de waarde der zaken bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap, omdat daar moet uitgemaakt worden hoeveel de nieuwe echtgenoot in de huwelijksgemeenschap mocht genieten.

Nog eene opmerking is, dat voorzoover bij een der juist genoemde factoren schulden staan tegenover baten, de eerste vooraf van de laatste dienen te worden afgetrokken; het geldt hier immers slechts eene bloote becijfering.

Ten aanzien van enkele rechten ten slotte kan bij de samenstelling der massa nog twijfel ontstaan. Bedoeld worden fideïcommissaire eigendom, het recht van vruchtgebruik of lijfrenten.

Hoe, indien een der echtgenooten zoodanige rechten in het nieuwe huwelijk aanbrengt of gedurende of zelfs na de ontbinding hiervan verkrijgt? Dat de opbrengsten in deze gevallen, voorzoover niet verteerd, als winst van art. 240 te beschouwen zijn, spreekt vanzelf. Wat echter de rechten zelve aangaat, zal de beslissing afhangen van de opvatting, die men daaromtrent heeft. Neemt men aan, dat zij uitsluitend aan den persoon des genieters verknocht zijn, dus buiten de huwelijksgemeenschap blijven, dan behoeft er in dezen verder niet op gelet te worden, te meer daar zij bij het overlijden des genieters vervallen en dan dus geene waarde meer hebben. Neemt men daarentegen van een of meer dier rechten aan, dat zij in de huwelijksgemeenschap vallen, dan kan het bij eene ontbinding daarvan vóór het overlijden des genieters noodig blijken er rekening mede te houden [1]). De waarde er van

1) Cf. P. W. 9437, waarbij wordt aangenomen, dat de verschenen termijnen eener lijfrente wel in de huwelijksgemeenschap vallen, doch ten aanzien van het recht zelf door het Bestuur der Registratie wordt bepaald, dat de opvatting der aangevers, daaromtrent in de Memorie van Successie aangenomen, moet geëerbiedigd worden.

moet dan geschat worden, ter berekening der fictieve massa, waartoe die waarde behoort [1]).

19. I. Wat nu den eersten staat betreft, het opmaken hiervan is, zooals reeds bleek, gemakkelijk, zoo de beide andere bekend zijn. Immers het verschil in waarde tusschen het totaal der huwelijksgemeenschap, zooals die is of was bij hare ontbinding, en dat der massa's van de beide echtgenooten, mede op dat tijdstip, maakt de winst of het verlies uit[2]).

Tot hetzelfde resultaat komt men door op de zaken zelve te letten en na te gaan, welke van overgespaarde penningen zijn aangekocht, en hoe groot de waarde was bij de ontbinding der tweede huwelijksgemeenschap. Slechts op dit bedrag komt het hier aan.

Bij 1° het totaal bedrag der zaken, welke de winst uitmaken, moet nu gevoegd worden:

2° Hetgeen daaraan op de boven omschreven wijze van de zijde van een der echtgenooten moet worden vergoed wegens verbetering van goederen, van een van hen afkomstig.

3° Als winst zullen mede worden beschouwd alle zaken, waarvan de herkomst niet voldoende blijkt, want ten aanzien van deze zaken moet ieder der echtgenooten geacht worden evenveel recht te hebben en moet de algemeene regel van verdeeling bij helfte dus weder intreden, die steeds gelden zal, waar de toepasselijkheid van het beginsel niet bewijsbaar is.

Niet alleen bij algeheele gemeenschap, maar b.v. ook

---

1) De wet laat hier de wijze van schatting geheel vrij: die van art. 23 der Successiewet zal b.v. zeer goed gevolgd kunnen worden.

2) Cf. no. 11 hiervoor en inzonderheid Noot 1 op bl. 155.

bij die van winst en verlies enz. zal het juist gezegde toepasselijk zijn [1]).

Omgekeerd moeten alle verliezen, staande huwelijk te zamen veroorzaakt, op de passiefzijde worden gebracht en zullen die het saldo weder zooveel verminderen. Dit is dus:

1° De opbrengst van alle zaken, niet door wederbelegging door andere vervangen en het totaal bedrag van alle staande het huwelijk weggeschonken zaken, de waarde daarvan genomen naar het tijdstip der schenking.

2° Het bedrag van eventuëele vergoedingen.

20. II. Het opmaken van den tweeden staat, dien der massa van den nieuwen echtenoot, zal na hetgeen reeds is opgemerkt, niet moeielijk vallen,

Deze toch zal zijn samengesteld, wat de actiefzijde betreft, uit:

1° De waarde, weder naar het tijdstip van de ontbinding der tweede huwelijksgemeenschap, van de zaken, die hij bij de voltrekking van het huwelijk in de huwelijksgemeenschap heeft gebracht, voorzoover die nog bij de ontbinding daarvan in natura of wederbelegd aanwezig zijn.

2° De waarde, weder naar hetzelfde tijdstip, van alle zaken, van de zijde van den nieuwen echtgenoot gedurende de huwelijksgemeenschap door erfenis of schenking daarin gevallen, eveneens mits zij bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap nog aanwezig zijn [2]).

3° Het bedrag der opbrengst of de waarde tijdens de

---

1) Anders LAURENT XXIII no. 406, die het beginsel hier m. i. te ver doorvoert.

2) Bij 1° en 2° is het dus onverschillig of de hier bedoelde zaken bij des hertrouwden overlijden nog wel aanwezig zijn. Cf. no. 18 hiervoor.

schenking van alle zaken, van de zijde van den nieuwen echtgenoot in de huwelijksgemeenschap gevallen, die tijdens het bestaan van deze zijn ingeteerd of weggeschonken, het laatste onverschillig, of het geschied is door den nieuwen echtgenoot zelf, of door den hertrouwde, indien deze n.l. als man de huwelijksgemeenschap beheerde.

4° Het bedrag der vergoedingen, die op de boven uiteengezette wijze aan de massa van den nieuwen echtgenoot kunnen verschuldigd zijn.

Aan de passiefzijde van dezen staat zal dan weder worden gebracht en dus van het voorgaande worden afgetrokken:

1° De helft van het verlies; en

2° Het bedrag der vergoedingen, die door de massa van den nieuwen echtgenoot kunnen verschuldigd zijn.

Hiermede is ook deze staat volledig behandeld. Meer toch behoort hierop niet te worden gebracht, en zoo zal met zaken, die aan den nieuwen echtgenoot steeds in privé toebehoord hebben, hetzij doordat zij buiten de huwelijksgemeenschap gehouden zijn, hetzij ook doordat zij hem eerst na de ontbinding daarvan maar vóór het overlijden van den hertrouwde, b.v. ingeval van echtscheiding of scheiding van goederen, zijn ten deel gevallen, hier geene rekening behoeven te worden gehouden. Het is er n.l. slechts om te doen vast te stellen, voor hoeveel de nieuwe echtgenoot in de huwelijksgemeenschap gerechtigd is.

Nu bleek reeds, dat er van eene bevoordeeling geen sprake kan zijn, voorzoover die terugkrijgt, wat hij in de huwelijksgemeenschap heeft ingebracht [1]), maar dan mag

1) Cf. no. 17 hiervoor.

ook nimmer aan den nieuwen echtgenoot als aandeel in die gemeenschap worden toegerekend hetgeen daartoe nimmer behoord heeft en dus in geenerlei verband staat met hetgeen, waartoe hij in de huwelijksgemeenschap gerechtigd is. Reeds vroeger werd hierop uitdrukkelijk gewezen [1]).

Bij de massa, die de fictieve nalatenschap van den hertrouwde uitmaakt, zal aanstonds blijken, dat dit anders is, en met reden.

Hierbij toch komt het er op aan vast te stellen, wat diens kinderen na zijn overlijden genieten en dan spreekt het vanzelf, dat hiertoe alle zaken moeten worden opgeteld, ook die, welke nimmer tot de huwelijksgemeenschap behoord hebben.

21. III. Thans zijn wij genaderd tot den derden staat, dien der fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, waarmede tevens beantwoord wordt de tweede vraag, voortvloeiende uit art. 236, in den aanvang van dit Hoofdstuk [2]) gesteld:

*Waaruit wordt het minste kindsgedeelte of een vierde des boedels van den hertrouwden echtgenoot afgeleid?*
of gelijk men haar ook kan stellen:

Wat moet onder *boedel* in art. 236 verstaan worden? Het woord *boedel* toch slaat hier evengoed terug op het minste kindsgedeelte als op het een vierde, hetgeen in het vorig Hoofdstuk reeds gebleken is.

In verband met het boven opgemerkte zal deze fictieve nalatenschap bestaan uit de volgende bestanddeelen:

1) Cf. no. 6 hiervoor.

2) Cf. no. 3 hiervoor.

Aan de actiefzijde uit:

1⁰ De waarde, hier naar het tijdstip van des hertrouwden overlijden, van hetgeen door den hertrouwde in het nieuwe huwelijk werd aangebracht, onverschillig of dit al dan niet in de huwelijksgemeenschap viel, voorzoover dit alles bij zijn overlijden nog onder hem of den nieuwen echtgenoot aanwezig is, dus niet is ingeteerd of weggeschonken.

2⁰ De waarde, weder naar hetzelfde tijdstip, van hetgeen staande de tweede huwelijksgemeenschap aan den hertrouwde door erfenis of schenking is opgekomen, weder mits het niet tijdens het leven van den hertrouwde is te niet gegaan, ingeteerd of weggeschonken, maar onverschillig of het al dan niet in die huwelijksgemeenschap viel.

3⁰ Het totaal bedrag van alle zaken, oorspronkelijk van de zijde van den hertrouwde afkomstig, die staande het nieuwe huwelijk zijn ingeteerd of weggeschonken, onverschillig weder of die schenkingen zijn gedaan door den hertrouwden of door den nieuwen echtgenoot.

4⁰ Het bedrag der op de reeds uiteengezette wijze wegens waardevermeerdering van zaken, van den nieuwen echtgenoot afkomstig of met overgespaarde penningen aangekocht, als anderszins, verschuldigde vergoedingen.

5⁰ Het bedrag der op de boven omschreven wijze vastgestelde halve winst, die krachtens de in art. 240 uitgesproken praesumptie der wet geacht wordt aan ieder der echtgenooten voor de helft toe te komen en dus, eenmaal gekapitaliseerd, ieders massa gelijkelijk vermeerdert.

Voor het geval, dat de ontbinding der tweede huwelijksgemeenschap aan het overlijden van den hertrouwde voorafging, behoort daartoe mede:

6° De waarde, weder naar het tijdstip van zijn overlijden, van alles wat aan den hertrouwde na die ontbinding nog op eenige wijze is opgekomen, daaronder ook begrepen het volle bedrag van al hetgeen deze in dien tijd nog door bespaarde inkomsten heeft overgewonnen, alles voorzoover bij zijn overlijden nog in natura of wederbelegd aanwezig.

7° De totale opbrengst of het totaal bedrag der schenkingen van alle zaken, oorspronkelijk van de zijde van den hertrouwde afkomstig, die, bij de verdeeling bij helfte aan den nieuwen echtgenoot zijn toebedeeld en door dezen zijn ingeteerd of weggeschonken [1]).

Al hebben de hier sub 6° bedoelde zaken, gelijk mede die, sub 1° en 2° bedoeld, voorzoover zij persoonlijk eigendom van den hertrouwde bleven, nimmer tot de huwelijksgemeenschap behoord, de kinderen genieten ook in deze een aandeel en evenveel als een hunner geniet in des hertrouwden nalatenschap mag de nieuwe echtgenoot ook bevoordeeld worden door de huwelijksgemeenschap; dus zal ook de waarde van deze zaken in aanmerking moeten komen [2]).

Het behoeft eigenlijk niet meer te worden opgemerkt, dat krachtens de huwelijksgemeenschap aan den nieuwen echtgenoot niet zoodanige zaken zelve kunnen worden toebedeeld, daar hij er nimmer deel in heeft gehad, maar dat het eenvoudig weder hierop nederkomt, dat hij in de

---

1) Cf. no. 18 hiervoor (bl. 170 bovenaan).

2) LAURENT XXIII no. 406 en het door Mr. TREUB opgemerkte op de Vergadering der Broederschap van Candidaat-notarissen te Assen in W. N. R. 1895 no. 1343 bl. 500.

huwelijksgemeenschap onder meer ook gerechtigd is voor een bedrag, gelijk aan het minste kindsgedeelte der waarde van zoodanige zaken.

Wat nu de passiefzijde betreft, zal tot die fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot behooren:

1° De helft van het gedurende het nieuwe huwelijk geleden verlies.

2° Het bedrag der vergoedingen wegens verbetering enz. van de door den hertrouwde aangebrachte of staande de huwelijksgemeenschap verkregen goederen, aan de massa van den nieuwen echtgenoot verschuldigd of het bedrag der winst ten goede komend.

Uit al de genoemde bestanddeelen zal dus die fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot zijn samengesteld [1]).

Hierbij zal dan nog naar de gewone regels van inbreng gevoegd moeten worden het bedrag van alle schenkingen, die in des hertrouwden nalatenschap moeten worden ingebracht en, voorzoover de regels omtrent de legitieme portie gelden, eveneens het totaal van alle schenkingen, welke ter berekening daarvan moeten worden bijgeteld.

Op enkele ondergeschikte afwijkingen van de regels van inbreng kan beter aanstonds worden teruggekomen [2]).

Omgekeerd zal deze fictieve nalatenschap echter weder verminderd worden met het bedrag der door den hertrouwde besproken legaten en zal aanstonds blijken, dat bij de berekening van het kindsgedeelte ook de aanwe-

---

1) Cf. ook Prof. Hamaker t. a. p. W. N. R. 1337 bl. 415.

2) Cf. no. 28 hierna.

zigheid van natuurlijke kinderen haar invloed doet gelden [1]).

22. Uit al het voorgaande zal thans wel duidelijk zijn de ongegrondheid der trouwens door geene enkele nadere bewering ondersteunde methode, door het Bestuur der Registratie gevolgd omstreeks de jaren 1840—1850 en in enkele beslissingen van het P. W. [2]) te vinden, doch sedert 1852 terecht verlaten, als zou bij de ontbinding der huwelijksgemeenschap van het totaal daarvan eerst de dubbele waarde van de aanbrengst van den nieuwen echtgenoot moeten worden afgetrokken en vervolgens in de rest aan dezen laatste als bevoordeeling een kindsgedeelte moeten worden toegekend: de mogelijkheid van winst of verlies dus daargelaten, als de massa, waaruit het voordeel voor den nieuwen echtgenoot moet worden berekend, beschouwd het verschil tusschen de aanbrengsten. Waarop deze redeneering steunt, is mij niet duidelijk kunnen worden. Deze geheele berekeningsmethode had dus achterwege kunnen blijven, ware het niet, dat ik haar volledigheidshalve even had willen vermelden.

Van veel meer belang is het ten slotte stil te staan bij de wijze van samenstelling der massa, tegenwoordig in de praktijk gevolgd en door rechter en fiscus, inzonderheid door den laatste op grond van eene uitspraak der Landsadvocaten [3]) tamelijk algemeen voorgestaan en haar grond vindend in het bekend arrest van den H. R. van den 10en Juni

1) Cf. no. 25 hierna.

2) Zie b.v. P. W. 1034 en 1709.

3) Advies der Landsadvocaten van 15 Maart 1868 No. 356, F°. 3, opgenomen in P. W. 5345.

1864 [1]), welk arrest werd gewezen in strijd met de conclusie van den toenmaligen procureur-generaal VAN MAANEN, en in de reeds vermelde beschikking van hetzelfde rechtscollege van den 24sten Juni 1881 [2]) conform de conclusie van den toenmaligen procureur-generaal RÖMER passim is wederlegd [3]).

Deze meening wijkt omtrent de samenstelling der massa in zooverre van de door mij boven verdedigde methode af, dat zij daartoe niet ook rekent de helft van hetgeen c. q. is overgespaard, dus de winst, noch daarvan aftrekt de helft van hetgeen c. q. is ingeteerd, dus het verlies, voornamelijk op grond, dat art. 240 eene gelijke verdeeling van beide wil, terwijl men, door beide ook tot de massa te rekenen en aldus daarin aan den nieuwen echtgenoot nog eens buiten de helft, die hem te goed moet worden gerekend, een gedeelte in de wederhelft toe te kennen, den regel van art. 240 overtreden zoude.

Inderdaad is het waar, dat, gaat men de tot de winst behoorende zaken a. h. w. uit de huwelijksgemeenschap lichten en die als iets afzonderlijks beschouwen, dit het resultaat zou zijn, maar daarmede zou de geheele bovengevolgde redeneering uit het oog worden verloren, en, deze voor oogen houdend, overtreedt men op de daar aangegeven wijze art. 240 niet.

Men vangt ook volgens deze aan met winst en verlies bij helfte te verdeelen krachtens den in dit artikel gestelden regel, maar wijder strekking mag hieraan niet

1) W. v. h. R. 2595.

2) In de Rechtsgeleerde Jaarboeken Dl. 128 § 33 (bl. 283 e. v.).

3) De hoofdkwestie was hier n.l. eene andere.

worden toegekend en slechts art. 236 wijst voor het verdere den weg. Waar nu het overgespaarde, in kapitaal omgezet, geacht wordt door ieder der echtgenooten voor de helft verkregen – en omgekeerd hetgeen is ingeteerd, door ieder der echtgenooten voor de helft opgemaakt te zijn, daar wil de wet het beschouwd hebben, dat, indien de huwelijksgemeenschap in het nieuwe huwelijk niet ware ingetreden, hetzelfde bedrag zou zijn overgewonnen of ingeteerd en aldus ieders kapitaal zou vermeerderd of verminderd hebben. En waar men, hierop lettend, zich moet afvragen: Hoeveel mag uit des hertrouwden vermogen, dat deze, zonder in gemeenschap van goederen hertrouwd te zijn, zou hebben nagelaten, door den nieuwen echtgenoot genoten worden? daar moet men ook de aan den hertrouwden echtgenoot toegerekende helft van winst of verlies bij de massa voegen en daarvan aftrekken. Slechts deze wijze van behandeling van winst en verlies kan de door den wetgever bedoelde zijn.

Uit niets blijkt, dat men bij de samenstelling der wet in dezen wilde afwijken van het stelsel van den Code [1]), die nooit anders is opgevat.

Immers slaat men de reeds door mij in den aanvang genoemde oudere Fransche schrijvers of wel de uitleggers van den Code, door den loop der eeuwen heen, op, bij geen enkele bestaat op dit punt twijfel: ook uit het bedrag

1) Eene soms als bewijs daarvoor aangehaalde opmerking van eene der afdeelingen van de Kamer, in 1832 gemaakt (zie Voorduin II bl. 415), door de Regeering trouwens niet eens beantwoord, kan evengoed als eene verdediging van het Fransche stelsel worden opgevat.

Cf. Noot 1 op bl. 183.

der halve winst komt aan den nieuwen echtgenoot nog een kindsdeel ten goede.

Het stelsel der praktijk dus, sedert ongeveer 1864 gevolgd en ook door den fiscus aanvaard, die daarbij van den vroeger door hem gevolgden goeden weg afweek [1]), is in strijd met het zuiver beginsel en de kennelijke bedoeling der wet en leidt bij consequente toepassing in de praktijk tot zooal niet onoverkomelijke dan toch zeer zeker ernstige bezwaren, die slechts door ingewikkelde algebraïsche formules uit den weg kunnen worden geruimd, zooals nog in eenige practische toepassingen zal worden aangetoond. Bij de afwikkeling toch van des hertrouwden nalatenschap moet nu steeds tusschen aanbrengst en halve winst worden onderscheiden om het aan den nieuwen echtgenoot toekomend voordeel te kunnen bepalen en indien er b.v. legaten zijn gemaakt, blijkt eerst recht tot welke moeielijkheden men komt, waarvan de wet het bestaan niet alleen niet vermoed, maar evenmin gewild heeft [2]).

De praktijk is ongetwijfeld vasthoudend, maar wenschelijk ware het, dat deze methode door haar hoe eer hoe beter werd verlaten om tot de oorspronkelijke en juiste terug te keeren, die ook door mannen van het hoogste gezag aangaande dit onderwerp met klem verdedigd is,

---

1) Cf. b.v. P. W. 1854, 2866, 2867, 2957, 3661, 4232 enz.

2) Inconsequent is nu ook het stelsel, jure constituendo verdedigd door Mr. Koenen in diens Praeadvies no. 26, dat zoo er winst is, de halve winst niet, zoo er daarentegen verlies is, het halve verlies wel mede in aanmerking komen moet, het laatste, daar het kindsgedeelte niet kan berekend worden over goederen, die er niet meer zijn. Dit is juist, maar dan moet ingeval van winst, het kindsgedeelte ook wel berekend worden over goederen, die er wel zijn.

o.a. TRIEBELS, KIST, DIEPHUIS, LAND en vele anderen [1]).

Als een gevolg der juiste meening bleek reeds, dat door de echtgenooten omtrent de winstverdeeling geene bedingen mogen worden gemaakt, krachtens welke de nieuwe echtgenoot in de winst tot meer zou gerechtigd zijn dan de helft en een kindsdeel in de wederhelft. Deze beperking moet dus weder aan de bepaling van art. 240 worden aangelegd, daar anders art. 236 zou worden overtreden.

23. Staat dus thans de fictieve nalatenschap vast, waaruit het voordeel, dat aan den nieuwen echtgenoot mag ten goede komen, wordt afgeleid, dan kan vervolgens worden nagegaan, hoe dit geschieden moet en daarmede beantwoord worden de derde vraag, in den aanvang van dit Hoofdstuk gesteld:

*Op welke wijze moet het minste kindsgedeelte of een vierde des boedels van den hertrouwden echtgenoot, gelijk art.* 236 *zegt, worden berekend* [2])?

Tusschen die beide nu, het minste kindsgedeelte of het een vierde des boedels van den hertrouwden echtgenoot,

---

1) TRIEBELS, diss. bl. 32, KIST bl. 30—34 (36—42). DIEPHUIS IV bl. 401—402. LAND, Burgerlijk Wetboek I bl. 218. Ook BINNERTS t. a. p. bl. 514 en 530 e. v.

Men vergelijke de reeds boven aangehaalde plaats bij TRIEBELS bl. 32, die naar aanleiding der in Nóot 1 op bl. 181 vermelde opmerking aan het woord „goederen" verre de voorkeur verklaart te geven boven het woord „boedel", daar zoolang de gemeenschap standhoudt en er ééne massa is, er niet aan een aparten boedel van een der echtgenooten kan gedacht worden, maar bij de ontbinding der gemeenschap met het woord „boedel" niet anders kan bedoeld zijn dan wat de hertrouwde echtgenoot zou bezeten hebben, ware hij niet in gemeenschap van goederen hertrouwd.

Ook deze houdt dus het eindresultaat in het oog.

2) Cf. no. 3 hiervoor.

is geen principiëel verschil; van het aantal der kinderen toch hangt af, of het een of het ander gelden moet; zijn er n.l. twee kinderen, dan zou het kindsdeel in de massa, de nieuwe echtgenoot medegerekend, een derde zijn, maar nimmer mag het hooger zijn dan een vierde.

Dit slechts is de zin dezer onveranderd uit den Code overgenomen bepaling en geene andere beteekenis kan daaraan worden toegekend, bepaaldelijk dus niet die, waartegen reeds vroeger werd gewaarschuwd en welke men verdedigd vindt in de conclusie van den toenmaligen advocaat-generaal GREGORY voor het arrest van den H. R. van 23 Maart 1849 [1]), n.l. dat, zoo men door eene toepassing van art. 236 reeds vóór het overlijden van den hertrouwden echtgenoot in het onzekere verkeert omtrent het geoorloofd kindsgedeelte, aan den nieuwen echtgenoot voorloopig een vierde gedeelte van den boedel van den hertrouwde als voordeel kan worden toegekend.

Vooreerst is reeds gebleken, dat men omtrent het kindsgedeelte nooit in onzekerheid behoeft te verkeeren, omdat van eene toepassing van art. 236 vóór des hertrouwden overlijden geen sprake kan zijn, en ook uit de geschiedenis der samenstelling van den Code blijkt duidelijk, dat die uitlegging nimmer in de bedoeling heeft gelegen noch van den voorsteller der bepaling noch van den Franschen wetgever zelf [2]).

Het een vierde des boedels stelt dus alleen eene grens aan de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot voor het geval, dat de hertrouwde minder dan drie kinderen heeft

1) W. v. h. R. 1010.

2) Cf. KOENEN t. a. p. no. 15.

en wijkt overigens in niets van het minste kindsgedeelte af.

Dat dus hier aan het woord „boedel" geene andere beteekenis kan worden toegekend dan die van de boven uiteengezette fictieve nalatenschap, is duidelijk.

Dat woord „boedel" is hier overigens de groote twistappel geweest. Daarop werd de uitlegging van art. 236 voornamelijk gebaseerd en talrijke interpretaties zijn er van gegeven, waarop men dan weder voortbouwde en zijn stelsel grondde, alsof de wet werkelijk hierin een beginsel had uitgesproken. Zij, die de meening der praktijk huldigen, veranderen het eenvoudig, zonder voldoende motiveering in „aanbrengst" [1]), Mr. WEVE in zijne boven aangehaalde opstellen [2]) beschouwt het als „helft der huwelijksgemeenschap", en zoo zouden nog meerdere opvattingen bij te brengen zijn.

Het dichtst bij de waarheid schijnt wel Mr. BINNERTS [3]), die het opvat als „samenstel van alle goederen, waarvan men feitelijk of rechtens het beheer heeft verloren," dus als „nalatenschap."

Naar mijne meening moet hier aan het woord „boedel" volstrekt geene waarde worden toegekend. De geheele uitdrukking „het een vierde des boedels" is eenvoudig eene vertaling van het slot van art. 1098 van den Code „le quart des biens," evenals het slot van ons art. 949, dat van „het vierde deel van zijne goederen" spreekt, daarvan eene meer letterlijke vertaling is, die men juister ook voor artt. 236 en 237 had moeten volgen.

1) Cf. ook KOENEN t. a. p. nos. 17 en 18.

2) Cf. no. 14 hiervoor.

3) BINNERTS t. a. p. bl. 514 en 530 e. v.

Zooals boven werd vermeld, reeds in het Ontwerp van 1822, in het eerste artikel, dat over de bevoordeeling door huwelijksvoorwaarden handelde, vindt men het woord „boedel" gebezigd, waaraan men als typisch Hollandsch woord wellicht de voorkeur toekende boven het meer vage „goederen". De wetgever was echter zoo weinig doordrongen van het gewicht van het in art. 236 gebezigde woord „boedel", dat hij in art. 26 van het ontwerp van den Twaalfden Titel van het Tweede Boek van het Burgerlijk Wetboek, ons tegenwoordig art. 949, het Fransche woord „biens" door „goederen" vertaalde en aldus nog meer in overeenstemming bleef met de woorden van den Code. Uit niets blijkt echter, dat met het woord „boedel" eene afwijking beoogd werd van hetgeen in den Code was bepaald. Integendeel wilde men, zooals in het vorig Hoofdstuk is uiteengezet, het Fransche systeem hier onveranderd volgen, en dus ook, wat de massa betreft, waarover het minste kindsgedeelte of een vierde berekend moet worden, daarvan niet afwijken.

Met het woord „boedel" in art. 236 is derhalve slechts die fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot bedoeld, maar dan is er hier, gelet ook op de reden, waarom het een vierde als maximum is toegestaan, niet de minste aanleiding tot twijfel, of het een vierde wel over hetzelfde bedrag moet berekend worden als het minste kindsgedeelte, waar dit beneden het een vierde blijft, doch slaat zoowel het een vierde als het minste gedeelte, hetwelk een der kinderen geniet, als dit dus minder is dan een vierde, op het woord „boedel" terug. Immers ook in den Code wordt geen onderscheid ge-

maakt en betreffen beide de goederen van den hertrouwden echtgenoot [1]). Toch zijn er ten onzent uitleggers van dit leerstuk geweest, die hier verschil aannámen, hierop nederkomend: dat de nieuwe echtgenoot mag bevoordeeld worden met een kindsgedeelte in de waarde van het door den hertrouwden echtgenoot aangebrachte of gedurende de huwelijksgemeenschap geërfde, vermeerderd met de helft der winst van art. 240, doch ingeval er minder dan drie kinderen zijn, hoogstens met een vierde gedeelte in de waarde van dat aangebrachte zonder die halve winst, aldus Mr. KOENEN [2]), terwijl Mr. BORRET [3]) nog verder gaat en in dat een vierde des boedels, d. i. volgens hem in de huwelijksaanbrengst van den hertrouwde, een tweede maximum ziet naast dat van het minste kindsgedeelte uit diens nalatenschap, eene onderscheiding, welke nimmer in de bedoeling van den wetgever heeft gelegen en niet op goede gronden te verdedigen is.

24. In het vorig Hoofdstuk [4]) bleek reeds, dat voor de bepaling van het kindsgedeelte alle genietende kinderen van den hertrouwde en zelfs natuurlijke kinderen en beschikkingen ten behoeve van vreemden hun invloed doen gelden, terwijl het hier niet op het minste *voor*kindsgedeelte, maar op het minste kindsgedeelte aankomt, ondanks de min gelukkige redactie van art. 236.

Mede bleek aldaar, dat de aanwezigheid dier kinderen

---

1) Cf. ook Derde Hoofdstuk no. 5.

2) KOENEN t. a. p. nos. 20—22.

3) BORRET, „Bijdrage ter verklaring der Artt. 236 en 949" bl. 10—12.

4) Derde Hoofdstuk no. 8 e. v.

slechts bepaald wordt naar het oogenblik, waarop de bepaling van toepassing wordt, het overlijden van den hertrouwden echtgenoot.

Uit de woorden zelve van art. 236 komt dit alles duidelijk aan het licht. Op wat ieder ten slotte geniet, komt het aan, maar dan moeten slechts worden medegeteld allen, die werkelijk tot het genot komen, waartoe eene eerste voorwaarde is, dat zij nog in leven zijn bij des hertrouwden overlijden.

Verwerpelijk is dus de meening van sommigen, dat men hier letten moet op het aantal kinderen, voorkinderen dus, in leven bij de voltrekking van het nieuwe huwelijk: aldus b.v. VAN DER DOES DE BIJE [1]), daar het aandeel der echtgenooten in de huwelijksgemeenschap vanaf dat oogenblik onherroepelijk moet vaststaan en door geene latere gebeurtenissen, als b.v. geboren worden of sterven van kinderen, gewijzigd worden kan, eene meening boven reeds weerlegd, en aldus ook Mr. JORDENS [2]), voornamelijk op beweerde utiliteitsgronden, mede boven aangegeven, die echter zijne meening in geen enkel opzicht rechtvaardigen kunnen.

Op het minste deel, dat een der kinderen geniet, moet acht geslagen worden en in verband daarmede, op alle complicaties, die zich door bijkomende omstandigheden kunnen voordoen, als het in werking treden van testamentaire beschikkingen van allerlei aard, inbreng van schenkingen, waarover onder nog nader enz.

---

1) V. D. DOES DE BIJE t. a. p. bl. 78 e. v. en bl. 95.

2) JORDENS t. a. p. in W. v. h. R. 5434.

Cf. no. 10 hiervoor.

In zeer vele gevallen zal dus, omdat een of meer der kinderen ten slotte minder van den hertrouwde blijken te genieten dan hun aandeel bij versterf, ook de nieuwe echtgenoot door de boedelmenging minder genieten dan een gewoon kindsgedeelte en steeds het minste kindsgedeelte, kleiner dus dan dat bij versterf, in het oog moeten worden gehouden.

Art. 236 noemt dit dan ook uitdrukkelijk en van den eersten aanvang af is dit steeds regel geweest, daar de geheele Lex Hac edictali hieraan juist haar bestaan te danken heeft.

Waar dus VAN DER DOES DE BIJE [1]) en JORDENS [2]) krachtens hun reeds uiteengezet stelsel en Mr. ZEGERS VEECKENS [3]) op grond hiervan, dat het testament van een der echtgenooten hunne aandeelen in de huwelijksgemeenschap niet wijzigen kan, het ten opzichte van den nieuwen echtgenoot willen beschouwd hebben, alsof er geen testament ware en alle kinderen evenveel krijgen, dus ook de nieuwe echtgenoot door de boedelmenging een gewoon kindsgedeelte bij versterf kan genieten, daar zien zij het geheele motief van het beginsel, bij elke codificatie daarvan trouwens uitdrukkelijk vermeld, over het hoofd.

Wat in het bijzonder de bedenking van Mr. ZEGERS VEECKENS aangaat, dat eene testamentaire beschikking geen invloed kan oefenen op de aandeelen der echtgenooten in de huwelijksgemeenschap, juist in dit bijzondere geval kan dit wel, daar het voordeel door boedelmenging,

1) V. D. DOES DE BIJE t. a. p. bl. 78.

2) JORDENS t. a. p.

3) ZEGERS VEECKENS, dissertatie over art. 236 B. W. 2e dr. bl. 48.

een der bestanddeelen van het aandeel, den nieuwen echtgenoot in de huwelijksgemeenschap toegestaan, afhankelijk is van het minste kindsgedeelte, dat weder bepaald wordt door testamentaire beschikkingen, die pas bij des hertrouwden overlijden van kracht worden en er toe moeten medewerken de deelen te bepalen, waartoe iedere partij in de huwelijksgemeenschap ten slotte gerechtigd is.

25. Ter bepaling nu van het kindsgedeelte, aan den nieuwen echtgenoot toekomende, in overeenstemming met de termen der praktijk kortweg „vertrouwd deel" te noemen, lette men allereerst hierop, dat men moet vaststellen een bedrag, aan den nieuwen echtgenoot krachtens de huwelijksgemeenschap toekomende, dus niet behoorende tot de nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot. Dit heeft deze beteekenis, dat men om het vertrouwd gedeelte te bepalen, niet gewoonweg den nieuwen echtgenoot als een kind moet medetellen, maar de waarde van hetgeen het minst genietend kind in het bedrag van des hertrouwden werkelijke nalatenschap, d. i. in de gelijk boven omschreven samengestelde massa of fictieve nalatenschap, na aftrek van het vertrouwd deel geniet en dat dus in waarde gelijkstaat met dat vertrouwd deel, in die massa moet uitdrukken, aldus dat zij daarin even groot blijve [1]). Hierin ligt eene afwijking der methode, door de Fransche schrijvers veelal gevolgd [2]), en door Prof.

---

1) Cf. Diephuis IV bl. 401.

2) Cf. Demolombe XXIII no. 599. Laurent XXIII no. 409. Guillouard t. a. p. no. 1431.

Demolombe heeft hier het oog op art. 1098, dus bevoordeeling door schenking of uiterste wilsbeschikking, onze artt. 237 en 949 B. W. Hij

HAMAKER ook voor onze wet verdedigd [1]), waarbij de fictieve nalatenschap a. h. w. als de te verdeelen nalatenschap wordt beschouwd, waarin de nieuwe echtgenoot, als ware deze zelf een der kinderen, voor eenzelfde aandeel als dezen of de minst genietende hunner gerechtigd is.

Zijn er alleen wettige kinderen, die allen evenveel d. i. een gelijk breukcijfer genieten, dan maakt het geen verschil, of men, gesteld dat er vier kinderen zijn, naar het Fransche stelsel den nieuwen echtgenoot als kind medetellend, aan dezen als vertrouwd deel 1/5 in de fictieve nalatenschap toekent, of wel naar de berekening, die m. i. voor onze wet gelden moet, redeneert: Ieder kind krijgt 1/4 van het bedrag van des hertrouwden nalatenschap, d. i. van de fictieve nalatenschap minus het vertrouwd deel, dit vertrouwd deel is dus ook = 1/4 van de fictieve nalatenschap — vertrouwd deel, dus = 1/5 van de fictieve nalatenschap. In dit geval is de Fransche methode zelfs eenvoudiger.

Anders wordt het echter, waar er ook wettelijk erkende natuurlijke kinderen zijn of de wettige kinderen niet allen een even groot aandeel genieten, b.v. doordat een van hen is beperkt tot zijne legitieme portie.

Twee voorbeelden zullen hier duidelijk het verschil aantoonen.

Gesteld dat de hertrouwde echtgenoot nalaat vijf wettige en twee wettelijk erkende natuurlijke kinderen, dan

---

schijnt dan aan te nemen, dat aangezien de nieuwe echtgenoot als een kind wordt medegeteld, de legitieme portie der kinderen kleiner wordt.

Deze gevolgtrekking kan evenmin aangenomen worden.

1) Prof. HAMAKER t. a. p. in W. N. R. 1335 bl. 384—385.

zou volgens het Fransche stelsel de nieuwe echtgenoot, als kind medegerekend, met toepassing van art. 910 j° 899 B. W. in de fictieve nalatenschap gerechtigd zijn tot 11/72; naar de m. i. juiste opvatting daarentegen tot evenveel in de fictieve nalatenschap als een der wettige kinderen in het bedrag daarvan — vertrouwd deel, dus der werkelijke nalatenschap; derhalve is het vertrouwd deel = 19/105 van fictieve nalatenschap — vertrouwd deel of 19/124 van de fictieve nalatenschap.

Neem als tweede voorbeeld aan, dat de hertrouwde echtgenoot nalaat uit zijne beide huwelijken te zamen vijf wettige kinderen, van wie hij er een heeft beperkt tot diens legitieme portie; de Fransche opvatting zal hier weder redeneeren: Ingeval van zes wettige kinderen is ieders legitieme portie 1/8, dus is de nieuwe echtgenoot ook gerechtigd tot 1/8 in de fictieve nalatenschap; de m. i. juiste methode daarentegen redeneert weer: Het tot de legitieme portie beperkte kind is gerechtigd tot 3/20 in het bedrag der werkelijke nalatenschap, d. i. de fictieve nalatenschap — vertrouwd deel, de nieuwe echtgenoot tot evenveel in de fictieve nalatenschap, dus vertrouwd deel = 3/20 van fictieve nalatenschap — vertrouwd deel of 3/23 van de fictieve nalatenschap.

Uit niets blijkt weder, of de wetgever zich dit verschil in berekeningsmethode heeft ingedacht en welken weg hij hier volgen wilde.

Toch acht ik de laatst uitgewerkte methode alleen de juiste. Men zal daartegen wellicht aanvoeren, dat de bevoordeeling krachtens huwelijksgemeenschap toch eigenlijk op ééne lijn staat met die uit de nalatenschap van den

hertrouwde en derhalve nederkomt op eene bevoordeeling uit eene fictieve nalatenschap, maar men vergete niet, dat dit slechts opgaat, wat het bedrag der bevoordeeling betreft, en dat pas, nadat die fictieve nalatenschap met dat vertrouwd deel verminderd is, de werkelijke nalatenschap overblijft, die naar de gewone regelen van het erfrecht wordt verdeeld.

De Fransche theorie plaatst zich hier weder te veel op het standpunt van het leerstuk der legitieme portie, gelijk reeds boven bleek, iets wat voor onze wet althans zeker niet gevolgd mag worden.

Aldus toch wordt het karakter der huwelijksgemeenschap uit het oog verloren, want het gaat hier niet om de verdeeling eener nalatenschap, maar om de afwikkeling eener huwelijksgemeenschap, waarvan de werkelijke nalatenschap een onverdeeld gedeelte uitmaakt, zoodat elk deel der nalatenschap weder te herleiden moet zijn tot een gedeelte der huwelijksgemeenschap.

Waar nu eenmaal aan de kinderen van den hertrouwde een aandeel toekomt in diens nalatenschap en aan den nieuwen echtgenoot een aandeel in de huwelijksgemeenschap, met het eerste verband houdende, daar is zulk eene herleiding onvermijdelijk, wil men niet komen tot een verwarren van huwelijksgemeenschap en nalatenschap der echtgenooten. Kent men n.l. steeds, door het aantal wettige kinderen eenvoudig met één te vermeerderen, aan den nieuwen echtgenoot in die fictieve nalatenschap een gelijk breukcijfer toe als aan een der kinderen, dan zal de werkelijke nalatenschap in vele gevallen worden verdeeld met miskenning der regels van het erfrecht, of,

13

volgt men deze, dan heeft de nieuwe echtgenoot als vertrouwd deel niet evenveel ontvangen als een der wettige kinderen. Dit kan met de proef op de som blijken.

Neemt men in het eerst gestelde voorbeeld van vijf wettige en twee wettelijk erkende natuurlijke kinderen aan, dat de nieuwe echtgenoot gerechtigd is tot 11/72 van de fictieve nalatenschap, dan blijft dus voor het bedrag van des hertrouwden werkelijke nalatenschap over 61/72 daarvan.

Hierin zouden dus de vijf wettige kinderen gerechtigd zijn tot evenveel als de nieuwe echtgenoot in de fictieve nalatenschap, d. i. ieder tot 11/61, en bijgevolg de twee wettelijk erkende natuurlijke kinderen ieder tot 3/61 van het bedrag der werkelijke nalatenschap. Volgens de regels van het erfrecht echter zouden die het bedrag der werkelijke nalatenschap uitmakende 61/72 der fictieve nalatenschap aldus moeten worden verdeeld: de twee wettelijk erkende natuurlijke kinderen ieder 1/21 en de vijf wettige kinderen ieder 19/105 daarvan, dus andere uitkomsten.

Men ziet dus, dat aldus zonder grond òf art. 910 òf art. 236 wordt overtreden.

In het m. i. juiste stelsel daarentegen, waarbij het vertrouwd deel hier is = 19/124 der fictieve nalatenschap, ontvangt in het aldus resteerend bedrag, zijnde de werkelijke nalatenschap, of 105/124 der fictieve, ieder der vijf wettige kinderen 19/105 en ieder der twee wettelijk erkende natuurlijke kinderen 5/105 van het bedrag der werkelijke nalatenschap, juist de aandeelen, waartoe ieder krachtens het erfrecht in de nalatenschap gerechtigd is, zijnde respectievelijk 19/105 en 1/21.

Evenzoo in het tweede voorbeeld:

Naar de Fransche methode is het vertrouwd deel = 1/8 der fictieve nalatenschap, het bedrag der werkelijke nalatenschap dus = 7/8 der fictieve.

Het in de legitieme gestelde kind krijgt in de werkelijke evenveel als de nieuwe echtgenoot in de fictieve nalatenschap, dus 1/7, en de overige kinderen ieder 3/14 van het bedrag der werkelijke nalatenschap, hetgeen met toepassing van de voorschriften der legitieme portie weder had moeten zijn respectievelijk 3/20 en 17/80, waardoor art. 236 echter weder overtreden zou zijn.

Volgens de m.i. juiste wijze van oplossing daarentegen, waarbij het vertrouwd deel = 3/23 der fictieve nalatenschap, bedraagt inderdaad de legitieme portie van het kind in het bedrag der werkelijke nalatenschap, die gelijk is aan 20/23 der fictieve, 3/20 en het erfdeel der overige kinderen voor ieder 17/80.

Hiermede is, dunkt mij, voldoende aangetoond, dat de consequenties van het Fransche stelsel niet aanvaard kunnen worden en men dus altijd het minste kindsgedeelte in de werkelijke nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot moet herleiden en uitdrukken in diens fictieve nalatenschap, wil men alle bepalingen der wet tot haar recht doen komen [1]).

26. In verband met het voorgaande moet ook worden aangenomen, dat de begrafeniskosten van den hertrouwden

---

1) Cf. voor de juiste berekeningsmethode ook een opstel van Mr. A. J. B. Rijke in het Tijdschrift der Notarissen Deel IV Afl. II.

De daarin aangegeven weg vindt practisch terecht algemeen navolging.

echtgenoot voor de berekening van het vertrouwd deel geheel buiten aanmerking blijven en dus niet gelijk de andere schulden van de fictieve nalatenschap moeten worden afgetrokken. Immers daar de nieuwe echtgenoot als gerechtigd tot een gedeelte der huwelijksgemeenschap, staat buiten des hertrouwden nalatenschap, kunnen de begrafeniskosten in geenen deele voor zijne rekening komen, geheel overeenkomstig art. 178 B. W.

Wanneer men deze kosten dus als schulden van de fictieve nalatenschap aftrekt [1]), wordt het karakter van gemeenschap miskend.

Nu zal weliswaar het vertrouwd deel altijd iets meer zijn dan het kindsdeel of minste kindsdeel zuiver bedraagt, n.l. zooveel als dit kindsdeel in de begrafeniskosten dragen moet, maar toch wordt art. 236 aldus naar behooren toegepast.

27. Het spreekt overigens vanzelf, dat het kindsgedeelte of minste kindsgedeelte niet steeds in een bepaald breukcijfer behoeft te bestaan: het is zeer goed mogelijk, dat aan een der kinderen ter voldoening van zijn geheele erfdeel b.v. bepaalde goederen zijn gelegateerd: men vrage zich dan af, of de waarde hiervan meer is dan die van het aandeel van het minst genietend kind of wel juist

---

1) Aldus b.v. Mr. Borret in zijn „Nog Iets over art. 236" bl. 45—46, en ook P. W. 1854.

Iets anders wordt het evenwel, waar de nieuwe echtgenoot ook nog krachtens testament kan genieten: dan draagt hij natuurlijk naar verhouding daarvan nog in de begrafeniskosten.

Het Bestuur der Registratie, ofschoon van ditzelfde beginsel uitgaande, werkte dit in eenige uitspraken verkeerd uit: Cf. de Noot aan het slot van no. 3 van het Vijfde Hoofdstuk.

dit aandeel of minder uitmaakt, in welk laatste geval het vertrouwd deel een gelijk bedrag vertegenwoordigt of zooveel minder blijft, terwijl het in het eerste geval gelijk is aan het aandeel van het minst genietend kind, weder op de wijze als boven aangegeven, berekend.

Voorzoover aan een of meer der kinderen zijn erfdeel geheel of gedeeltelijk in vruchtgebruik is gemaakt, zal de waarde hiervan geschat moeten worden [1]) om aldus te kunnen bepalen, hoeveel ieder kind geniet en hoe groot derhalve de waarde van het vertrouwde deel is.

Hetzelfde zal ten aanzien van andere genotgevende zakelijke rechten of periodieke uitkeeringen enz. moeten gelden en eveneens, indien aan een of meer kinderen zijn of hun aandeel geheel of gedeeltelijk slechts in blooten, d. w. z. met eenig zakelijk recht ten behoeve van een derde belasten eigendom is gemaakt. Ook hier toch is weder dezelfde ratio aanwezig [2]).

28. In no. 21 werd reeds aangestipt, dat ter bepaling van het minste kindsgedeelte in de fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, de gewone regels toepasselijk zijn van inbreng van door den hertrouwde of althans met zaken, van zijne zijde afkomstig, gedane schenkingen, behoudens enkele uitzonderingen, die daarop krachtens het beginsel der Lex Hac edictali moeten worden aangenomen.

---

1) De wijze van schatting is hier geheel vrijgelaten.

2) In al deze gevallen zal, zooals nog nader zal blijken, van een beroep op art. 965 B. W. om die schatting af te snijden, geen sprake kunnen zijn, dan alleen indien de legitieme portie der kinderen verkort is.

Cf. no. 14 van het Vijfde Hoofdstuk.

Behoorde het geschonkene op het oogenblik der schenking tot de huwelijksgemeenschap, dan zal deze inbreng voor de helft plaats hebben, was het daarentegen uitsluitend eigendom van den hertrouwde, b.v. doordat het buiten de huwelijksgemeenschap was gehouden of wel de schenking vóór het ontstaan of na de ontbinding daarvan plaatshad, dan zal die inbreng plaatshebben voor het geheel.

Dat het bedrag van alle schenkingen van zaken, van den hertrouwden echtgenoot afkomstig, voor het geheel bij het bedrag van diens fictieve nalatenschap wordt opgeteld, derogeert hieraan niet, daar immers een gelijk bedrag aan de passiefzijde van den staat der winst wordt gebracht en ten slotte dus het aandeel van ieder der echtgenooten in de huwelijksgemeenschap door die schenkingen gelijkelijk verminderd wordt, zoodat inbreng in ieders nalatenschap voor de helft ook volkomen logisch is.

Slechts schenkingen, aan inbreng onderworpen, komen hier dus in aanmerking. Hierop moet echter ééne uitzondering worden gemaakt, en ziehier de eerste, waarop zooeven gedoeld werd: Het bedrag der schenkingen, gedaan door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot, voorzoover deze bestaanbaar zijn en onder de beperking der Lex Hac edictali vallen, moet in zijn geheel bij de fictieve nalatenschap worden gevoegd, onverschillig, of hier vrijstelling van inbreng heeft plaatsgehad of niet [1]).

---

1) Indien door den nieuwen echtgenoot aan den hertrouwde en omgekeerd wederkeerig schenkingen zijn gedaan, zal het bedrag hiervan vooraf zooveel mogelijk in compensatie moeten worden gebracht, gelijk ook reeds in het oude Fransche recht gold.

Door het onderling verband toch, dat tusschen de verschillende wetsbepalingen, die de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot beperken, moet worden aangenomen, zullen alle voordeelen, aan die beperking onderworpen, welke reeds aan den nieuwen echtgenoot zijn opgekomen, op diens vertrouwd deel moeten worden geimputeerd, en daaruit volgt weder, dat de fictieve nalatenschap met een gelijk bedrag vermeerderd moet worden.

Schenkingen, aan de kinderen gedaan met vrijstelling van inbreng, komen dus voor de bepaling van het minste kindsgedeelte niet in aanmerking, behalve, en ziehier eene tweede uitzondering, indien het minstgenietend kind zulk eene schenking van den hertrouwde genoten heeft. In dit geval toch zal de nieuwe echtgenoot in zijn vertrouwd deel mede een gelijk bedrag mogen genieten, mits hij aldus weder niet meer ontvangt dan een der andere kinderen. Dit betreft echter den nieuwen echtgenoot alleen, niet de andere kinderen, die daarvan krachtens de vrijstelling van inbreng niet profiteeren kunnen. Vandaar dat dit bedrag niet in de fictieve nalatenschap wordt ingebracht, maar alvorens tot verdeeling hiervan wordt overgegaan, hiervan wordt afgetrokken en aan den nieuwen echtgenoot a. h. w. bij vooruitmaking te goed gerekend.

Bij de behandeling van het leerstuk volgens den Code werd er reeds op gewezen, dat de Fransche schrijvers steeds alles laten afhangen hiervan, of de schenkingen al of niet moeten worden ingebracht: hier ten onrechte m. i., daar het wederom een vertrouwd deel uit de huwelijksgemeenschap geldt, op welks vaststelling de tusschen

erfgenamen geldende inbreng geen invloed oefent, terwijl de nieuwe echtgenoot krachtens het beginsel juist evenveel mag hebben als aan het minst genietend kind van de zijde van den hertrouwden echtgenoot is opgekomen, niet meer, maar, tenzij het uitdrukkelijk bepaald is, ook niet minder.

29. Waar sprake is van de legitieme portie van een of meer der kinderen, zullen natuurlijk alle schenkingen zonder onderscheid bij de fictieve nalatenschap van den hertrouwde worden gevoegd en zal daarmede verder worden gehandeld, zooals in de Derde Afdeeling van den Twaalfden Titel van het B. W. wordt omschreven.

Voor het geval, dat aan een der kinderen minder opkomt dan diens wettelijk erfdeel en het daarin berust, bleek reeds, dat het vertrouwd deel toch altijd de waarde van dit wettelijk erfdeel bedraagt, en het woord „genieten" in art. 236 daartegen niet afdoet, daar dit op een normalen gang van zaken ziet, waarbij men dus wel zijne aanspraken zou doen gelden, terwijl het niet gebruik maken van een door de wet toegekend recht daarom den nieuwen echtgenoot niet behoeft te schaden, zoodat hier de fictie gelden moet, dat de bepalingen der legitieme portie zijn ingeroepen.

Niet alleen echter ten aanzien van den nieuwen echtgenoot moet het thans gezegde toepasselijk worden geacht. Hetzelfde toch zal m. i. zelfs ten behoeve van derden kunnen worden aangenomen. Bedoeld wordt hier het volgende geval: Indien de hertrouwde aan een vreemde het beschikbaar deel van zijne nalatenschap heeft vermaakt, zouden de kinderen, door van art. 236 geen ge-

bruik te maken en dus als de nalatenschap van den hertrouwde te beschouwen de helft der huwelijksgemeenschap, in plaats van het grooter aandeel daarin, dat art. 236 hun zou toekennen, de nalatenschap en dus ook het voor den testamentair bevoordeelde beschikbaar deel kunnen verkleinen om wellicht vervolgens van den nieuwen echtgenoot toch nog eene uitkeering te ontvangen en zich dus in samenspanning met dezen ten koste van hem, wien het beschikbaar deel is gemaakt, te verrijken.

In dit geval zal naar mijne meening deze laatste als het voor hem beschikbaar deel mogen beschouwen wat hem in verband met art. 236 toekomt en kan de legitieme portie der kinderen niet eerder verkort worden geacht, vóórdat zij van het hun in dat artikel toegekende recht hebben gebruik gemaakt [1]).

Ter adstructie dezer meening kan dienen hetgeen men in een dergelijk geval bij de Fransche schrijvers vindt opgemerkt, zooals in het volgend Hoofdstuk zal blijken [2]).

In verband met de toepasselijkheid van het leerstuk der legitieme portie moet ten slotte nog eene opmerking omtrent bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot door eenige huwelijksgemeenschap krachtens art. 236 gemaakt worden, n.l. deze, dat die wijze van bevoordeeling naar ons recht niet moet worden beschouwd als eene schenking. Moge al het motief, waarom ook de huwelijksgemeenschap in hare vermogensrechtelijke gevolgen aan de beperking

---

1) Cf. Vijfde Hoofdstuk no. 7.

2) Cf. ibidem no. 8.

der Lex Hac edictali is onderworpen, hetzelfde zijn als bij de wijzen van beschikking om niet, door schenking of uiterste wilsbeschikking, en moge het ook uit de wijze van samenstelling der fictieve nalatenschap en afleiding hieruit van het kindsdeel, den schijn hebben, alsof hierbij aan eene schenking werd gedacht, toch blijft ook in opvolgend huwelijk de huwelijksgemeenschap haar karakter van contract onder bezwarenden titel behouden. De moeielijkheid, waarin de Fransche sehrijvers geraken, die eenerzijds hetzelfde karakter daaraan toekennen, doch anderzijds, wat de gevolgen betreft, ten aanzien van het beginsel der Lex Hac edictali, hier toch eene bevoordeeling door liberaliteit aanwezig achten [1]), behoeft dus voor ons niet te bestaan.

De wet heeft eenvoudig op utiliteitsgronden de bepaling van art. 236 opgenomen, maar overigens in het wezen der huwelijksgemeenschap niets veranderd.

Waar dus het vertrouwen van het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd deel niet als schenking kan worden beschouwd, kan daarvan dus evenmin het gevolg zijn, dat de legitieme portie der kinderen van den hertrouwden echtgenoot verkort wordt, waar dit niet reeds door schenkingen of uiterste wilsbeschikkingen heeft plaatsgehad. Integendeel blijft bij de bepaling van de legitieme portie en de daartoe krachtens art. 968 samen te stellen massa, het vertrouwd deel geheel buiten aanmerking, onverschillig dus of de schenkingen, welke de legitieme portie der

---

1) Cf. MARCADÉ V pag. 674 (ad art. 1496 I). LAURENT XXIII no. 403. Juister GUILLOUARD t. a. p. no. 1429.

kinderen verkorten, vóór het aangaan van het opvolgend huwelijk zijn gedaan of niet, want de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot krachtens art. 236 geldt alleen de huwelijksgemeenschap en staat geheel buiten de legitieme portie, ter bepaling waarvan men moet nagaan de waarde van des hertrouwden nalatenschap, zijnde zijn aandeel, op de boven omschreven wijze vastgesteld, in de huwelijksgemeenschap, vermeerderd met zijne persoonlijke goederen, benevens de helft der uit den gemeenschappelijken boedel en het geheel der uit zijn persoonlijk vermogen gedane schenkingen, juist op dezelfde wijze als in het geval van eerste huwelijksgemeenschap [1]).

30. Na hetgeen boven is uiteengezet, ligt het voor de hand, hoe ten aanzien van eene tweede huwelijksgemeenschap bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot gehandeld moet worden. Volge hiervan thans nog eens een beknopt overzicht.

Men vange aan met het totaal der huwelijksgemeenschap bij helfte te verdeelen, volgens den algemeenen regel, die krachtens art. 235 ook hier zal gelden, zoolang er voor de toepassing van art. 236 geene termen zijn. Dit zal vervolgens moeten worden onderzocht en blijkt hierbij, dat dit laatste artikel inderdaad toepasselijk is, dan zal op die verdeeling bij helfte worden teruggekomen en het aandeel van den nieuwen echtgenoot tot de in art. 236 gestelde maat worden teruggebracht.

Voor de toepassing van art. 236 en vaststelling der daar bepaalde maat, zullen dus drie staten worden opge-

---

1) Anders DIEPHUIS IV bl. 399. en KIST t. a. p. bl. 56 (61).

maakt op de wijze, zooals boven is omschreven, die van winst en verlies, die der fictieve massa van den nieuwen echtgenoot en die der fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot.

Aan den nieuwen echtgenoot zal dan mogen worden toegekend de helft van het bedrag van den staat van winst en verlies, het totaal bedrag van dien zijner eigen fictieve massa en een bedrag, gelijk aan het minste kindsgedeelte van de fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, mits dit alles te zamen minder is dan de vooraf berekende helft der huwelijksgemeenschap, want anders blijft die verdeeling bij helfte onherroepelijk gehandhaafd.

Nu zou men in plaats van het zooeven betoogde ook aldus kunnen redeneeren:

Bij de verdeeling eener tweede huwelijksgemeenschap wordt winst en verlies altijd bij helfte verdeeld; men vange dus aan met het bedrag van den staat van winst en verlies van het totaal der huwelijksgemeenschap af te trekken. Men houdt dan dus het bedrag der beide andere staten, dien der fictieve massa van den nieuwen en der fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, of, wil men, van hunne aanbrengsten, waaronder ook begrepen de door erfenis enz. opgekomen goederen, over, en het is door de vermenging hiervan, dat art. 236 eene te groote bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot verbiedt.

Men beginne dus dit totaal bij helfte te verdeelen, om daarna, door de fictieve massa (de aanbrengst) van den nieuwen echtgenoot en het minste kindsgedeelte van de fictieve nalatenschap (de aanbrengst, vermeerderd met de

privé goederen en het halve bedrag der winst en verminderd met het halve bedrag van het verlies) van den hertrouwden echtgenoot bij elkaar op te tellen, te constateeren, of die soms minder is dan de helft der huwelijksgemeenschap of niet. Zoo neen, dan is het aandeel van den nieuwen echtgenoot in de huwelijksgemeenschap gelijk aan de helft der aanbrengsten, vermeerderd met de halve winst of verminderd met het halve verlies. Zoo ja, dan is dit aandeel slechts gelijk aan de som der beide factoren, fictieve massa van den nieuwen – plus kindsgedeelte van de fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, mede met de halve winst vermeerderd of met het halve verlies verminderd.

31. In theorie schijnt de laatste methode zich hierdoor aan te bevelen, dat zij scherp onderscheidt tusschen de winst, die in hare verdeeling niet -, en hetgeen door ieder der echtgenooten ten nieuwen huwelijk is aangebracht of gedurende het bestaan der huwelijksgemeenschap is geërfd of verkregen, waarvan de verdeeling wel aan het beginsel der Lex Hac edictali onderworpen is.

Toch kan zij deze onderscheiding weder niet tot het uiterste volhouden, daar ter berekening van het minste kindsgedeelte ook door haar het halve bedrag van winst of verlies bij de aanbrengst of fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot wordt gevoegd.

Men kan zich echter afvragen, waartoe eene zoo scherpe onderscheiding tusschen den winstfactor en de beide andere factoren in de huwelijksgemeenschap eigenlijk noodig is?

Die huwelijksgemeenschap toch is eene onverdeelde

massa en ook de gekapitaliseerde winst is, zooals boven reeds bleek, aan de boedelmenging, door art. 236 bedoeld, onderworpen en oefent invloed uit op het vertrouwd deel, nadat zij vooraf bij helfte verdeeld is. Dit nu doet de eerste methode ook: Zij onderscheidt in zooverre ook wel degelijk tusschen aanbrengsten en winst en let op de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot door de vermenging der aanbrengsten, maar licht de winst niet eerst voor het geheel uit de huwelijksgemeenschap om die ten slotte weder voor de helft bij ieders aandeel te voegen, eene tamelijk omslachtige wijze van berekening, waarvan het evenwel duidelijk is, dat zij feitelijk op hetzelfde nederkomt als die eerste methode en practisch tot volkomen hetzelfde resultaat leidt.

Met een voorbeeld in cijfers kan dit aanstonds blijken:

Stel, dat een weduwnaar met vier wettige voorkinderen, die in gemeenschap van goederen hertrouwt, ten tweeden huwelijk aanbrengt f 75000.—, de nieuwe echtgenoot slechts f 15000.—, terwijl na de ontbinding van het kinderloos gebleven tweede huwelijk door den dood van den hertrouwden echtgenoot, de huwelijksgemeenschap een bedrag blijkt uit te maken van f 100000.—.

Naar de eerste methode, ten onzent in de praktijk en ook door het Bestuur der Registratie gevolgd (men zie de verschillende uitspraken in het P. W. in zake art. 236), zal men nu aldus redeneeren:

Ingeval van verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte, zou elke zijde ontvangen f 50000.—.

De nieuwe echtgenoot mag echter slechts ontvangen:

1° Een bedrag, gelijk aan de halve winst, in het

nieuwe huwelijk gemaakt, bedragende het totaal der huwelijksgemeenschap . . . . . . . . . f 100000.—
verminderd met de som der aanbrengsten
(f 75000.— + f 15000.—) . . . . . . = „ 90000.—

winst derhalve . . = f 10000.—

de helft der winst dus . . = f 5000.—

2° Een bedrag = hare huwelijksaanbrengst . . . . . . . . . . . . . . = „ 15000 —

3° Een bedrag = een kindsgedeelte in de huwelijksaanbrengst van den hertrouwden echtgenoot, vermeerderd met de halve winst, derhalve 1/5 van (f 75000.— + f 5000.—) = „ 16000.—

Totaal . . = f 36000.—

f 36000.— is dus het maximum, voor de nieuwe echtgenoot beschikbaar, zoodat zijne helft ad f 50000.— verminderd wordt met f 14000.— en die voor den hertrouwde daarentegen vermeerderd wordt met f 14000, tengevolge waarvan de nalatenschap van dezen bedraagt:
f 50000.— + f 14000.— . . . . . . . = f 64000.—

Naar de andere methode wordt de berekening aldus:

Het totaal der huwelijksgemeenschap . = f 100000.—

dat der aanbrengsten = f 75000.— + f 15000.— . . . . . . . . . . . . . = „ 90000.—

dus de winst . . = f 10000.—

Deze wordt in elk geval bij helfte verdeeld, dus voor ieder . . . . . . . . = f 5000.—

Ingeval van verdeeling bij helfte der aanbrengsten zou ieder ontvangen 1/2 × f 90000 . . . = f 45000.—

Tr. f 45000.—

P. Tr. f 45000.—

De nieuwe echtgenoot mag echter slechts ontvangen:

1° een bedrag = hare aanbrengst . . . . . = f 15000.—

2° een bedrag = een kindsgedeelte der aanbrengst van den hertrouwden echtgenoot, (vermeerderd met de helft der winst) = 1/5 van f 80000.— (f 75000.— + f 5000.—) . . . . . = „ 16000.—

„ 31000.—

Zoodat zij door verdeeling bij helfte der aanbrengsten te veel zou ontvangen en wel f 14000.—

Dus de nieuwe echtgenoot in de huwelijksgemeenschap slechts gerechtigd voor een bedrag van . . f 31000.—

benevens 3° de helft van het bedrag der winst „ 5000.—

Is te zamen. . . f 36000.—

De nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot bedraagt dus f 5000.— + f 45000.— + f 14000.— = f 64000.—.

Dat men hier tot dezelfde uitkomst moest geraken ligt voor de hand.

Bij beide methoden toch werkt men ten slotte met dezelfde factoren, en ook de eerste methode geeft er zich rekenschap van, dat de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot door de huwelijksgemeenschap niet betreft de winst of het verlies, die ook zij bij helfte verdeelt.

Het geheele verschil, voorzoover het er een is, komt dus hierop neder, dat de eerste methode, ter beoordeeling, of art. 236 overtreden zou worden, de aanbrengst van den nieuwen echtgenoot, vermeerderd zoowel met het vertrouwd deel als met de halve winst, vergelijkt met de helft der huwelijksgemeenschap, inbegrepen dus de halve winst, de tweede daarentegen de aanbrengst van den nieuwen echtgenoot, slechts vermeerderd met het vertrouwd deel en niet ook met de halve winst, vergelijkt met de helft der huwelijksgemeenschap, verminderd met de halve winst, hetgeen natuurlijk op hetzelfde nederkomt.

Waar echter de tweede methode in de uitwerking nog iets ingewikkelder is en dit ter wille van eene zonder noodzaak te ver doorgetrokken onderscheiding, meen ik aan de eerste methode de voorkeur te moeten geven.

32. Naar mijne meening moet art. 236 B. W. worden toegepast, gelijk in dit Hoofdstuk is uiteengezet.

Dat dit niet altijd eenvoudig is en vaak tot ingewikkelde berekeningen leiden kan, valt niet te ontkennen. Men bedenke echter, dat waar iets niet meer te bewijzen is, b.v. vergoedingen, boven behandeld enz., de toestand wordt aanvaard, zooals die is, zonder naar bijkomende omstandigheden te vragen, terwijl alles, waarvan niet kan bewezen worden, dat het van een der echtgenooten afkomstig is, als winst beschouwd en bij helfte verdeeld zal worden.

In de praktijk zullen dus veelal de boven omschreven drie staten niet zoo omstandig worden opgemaakt als daar is uiteengezet: inzonderheid de vergoedingen en veelal ook de bedragen der verteerde of weggeschonken zaken zullen bij de uitwerking van art. 236 wel achterwege

blijven, hetgeen ongetwijfeld eene groote vereenvoudiging geeft, ofschoon het toch eenigzins afwijkt van eene zuivere toepassing van het beginsel der Lex Hac edictali.

Evenwel maakt men, waar men zich volkomen rekenschap geeft van alle complicaties, die, zooals boven is aangetoond, hierbij kunnen voorkomen, van den anderen kant de zaak noodeloos moeielijker door ingewikkelde algebraïsche formules ter berekening van wat men evengoed door middel van beredeneering langs rekenkunstigen weg kan oplossen.

Wanneer men b.v. de werken van Mrs. KIST en ZUBLI over dit onderwerp opslaat, zal men zien, dat zij vol staan met formules, die de zaak meermalen eer verduisteren dan ophelderen en practisch dan ook zeer goed gemist kunnen worden. Naar mijne meening, hoe minder algebraïsche formules men aanwendt, hoe beter: noodig zijn zij niet, nuttig evenmin.

Slechts bij de in de praktijk gevolgde methode, volgens welke het vertrouwd deel van den nieuwen echtgenoot niet ook moet berekend worden over de wederhelft van het bedrag van winst of verlies, zal men soms inderdaad tot ingewikkelde algebraïsche formules de toevlucht moeten nemen, waarvan meerdere voorbeelden zouden zijn bij te brengen; nu moge het waar zijn, dat al wat algebraïsch kan worden opgelost, evengoed rekenkunstig kan worden gevonden, maar in de zooeven bedoelde gevallen, welke bijzonder ingewikkelde verhoudingen in het leven roepen, is de algebra de meest betrouwbare gids, wiens diensten echter bij de m. i. juiste methode als regel niet noodig zijn.

---

## VIJFDE HOOFDSTUK.

# Artikels 237 en 949 van het Burgerlijk Wetboek.

---

1. Beschouwen wij thans de artt. 237 en 949, die gevoegelijk in één adem kunnen worden genoemd, omdat zij bepalingen inhouden van denzelfden aard: n.l. beperking van het voordeel, aan den nieuwen echtgenoot opgekomen, ditmaal door opzettelijke handelingen van den hertrouwden echtgenoot: schenking onder de levenden bij huwelijksvoorwaarden of uiterste wilsbeschikking.

Veel van hetgeen bij de behandeling van art. 236 gezegd is, zal ook hier van kracht zijn, zoodat dienaangaande slechts met eene bloote verwijzing zal kunnen worden volstaan. Toch zullen bij nadere beschouwing hier ook weder nieuwe vragen rijzen, bij wier beantwoording moet worden stilgestaan.

Art. 237 dan verbiedt aan den hertrouwden echtgenoot met voorkinderen, aan den nieuwen echtgenoot bij huwelijksche voorwaarden meerdere voordeelen te bespreken dan hetgeen bij art. 236 breeder is omschreven. Daar art. 236, zooals boven bleek, alle soorten van huwelijksgemeenschap omvat, dus ook alle bij huwelijksvoorwaarden gemaakte bedingen omtrent verdeeling van

huwelijksgemeenschap beheerscht, moet art. 237 slaan op bevoordeelingen van anderen aard bij huwelijksvoorwaarden, onverschillig of het huwelijk in of buiten gemeenschap van goederen is voltrokken, b.v. giften van tegenwoordige goederen of van de geheele of gedeeltelijke nalatenschap gelijk in art. 224 bepaald wordt, hoe deze schenkingen dan ook zijn ingekleed.

Voorzoover de nieuwe echtgenoot nog niet het geheele geoorloofde voordeel door huwelijksgemeenschap heeft genoten, mogen deze schenkingen niet meer bedragen dan het minste kindsgedeelte der bij art. 236 bedoelde massa, want dit moet ook hier krachtens de uitdrukkelijke verwijzing van art. 237 naar art. 236 als de maatstaf van geoorloofde bevoordeeling worden aangenomen, en hetzelfde zal voor de uiterste wilsbeschikkingen krachtens art. 949 gelden.

Waar boven reeds werd aangetoond [1]), dat schenkingen, vóór het aangaan van het opvolgend huwelijk door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot gedaan, gelijk mede die, tusschen echtgenooten staande huwelijk gedaan, indien men ze niet van den beginne af als ongeldig beschouwt [2]), onder geene der hier behandelde beperkende wetsbepalingen vallen en dus, wat het beginsel der Lex Hac edictali betreft, onbeperkt moeten worden toegelaten, zijn alle denkbare wijzen van bevoordeeling onder de levenden opgesomd, behalve nog die langs indirecte wegen, waartoe m. i. ook de contracten van levensverzekering,

---

1) Cf. Derde Hoofdstuk no. 6 in fine.

2) Bij de tegenovergestelde opvatting kunnen zij geene bevoordeeling tengevolge hebben.

lijfrente en dergelijke kunnen worden gebracht, waartegen in art. 238 eene voorziening getroffen wordt.

2. Aan beschikkingen na doode, in den ruimst mogelijken zin genomen, wordt nu door art. 949 dezelfde maat aangelegd; zooals reeds werd aangetoond, niet eene, die onafhankelijk van de andere geldt, maar die daarmede in onafscheidelijk verband moet worden beschouwd.

Dit verband dus nog eens samenvattende, komt men tot de slotsom, dat, voorzoover het geheele geoorloofd deel, het minste kindsgedeelte uit des hertrouwden fictieve nalatenschap, reeds krachtens de huwelijksgemeenschap is genoten, van geene enkele verdere bevoordeeling bij huwelijksvoorwaarden of uitersten wil sprake kan zijn, doch dat waar krachtens de huwelijksgemeenschap de nieuwe echtgenoot niet tot het beloop van het geoorloofd gedeelte is bevoordeeld [1]), het daaraan ontbrekende hem nog bij huwelijksvoorwaarden of uitersten wil mag worden geschonken.

Voorzoover de huwelijksvoorwaarden schenkingen van tegenwoordige goederen tusschen de echtgenooten bevatten, welke slechts ingeval van beperkte gemeenschap onaantastbaar effect zullen sorteeren, zullen deze, als op het oogenblik der huwelijksvoltrekking, dus vóór het overlijden in werking tredende, weder boven beschikkingen na doode den voorrang hebben.

Het komt dus hierop neder, dat de laatste tot het beloop van het geoorloofd maximum nog slechts zooveel voor-

1) In dit geval moet de huwelijksgemeenschap bij helfte zijn verdeeld daar anders door eene verdeeling krachtens art. 236 de bevoordeeling door de huwelijksgemeenschap reeds het geheele beschikbaar deel in beslag nam.

deel aan den nieuwen echtgenoot mogen doen toekomen als deze niet reeds krachtens die schenkingen onder de levenden bij huwelijksvoorwaarden heeft ontvangen, terwijl alle beschikkingen na doode, als op eenzelfde tijdstip, dat van het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, in werking tredende, voorzoover zij te zamen den nieuwen echtgenoot meer zouden bevoordeelen dan volgens de wet mag, pondspondsgewijze zullen moeten worden verminderd.

Ook dient nog eens opgemerkt te worden, dat de regels omtrent de legitieme portie niet uit het oog mogen worden verloren, zoodat, als aan deze zoude worden te kort gedaan, het voordeel, dat den nieuwen echtgenoot zou opkomen, al zou het reeds beneden de door de Lex Hac edictali gestelde maat blijven, nog verder moet worden ingekort, gelijk de Franschen, zooals wij reeds zagen, het uitdrukken: „geene cumulatie der beide disponibels."

Aldus moet het verband tusschen de beperkende artikels ter nakoming van het ééne beginsel naar mijne meening worden opgevat.

3. Terwijl de Hooge Raad bij de reeds gemelde beschikking van 1881 en met hem meerdere lagere colleges bij verscheidene uitspraken in denzelfden geest beslisten, nam ook de fiscus bij verschillende gelegenheden dit gevoelen aan.

Na aanvankelijk de kwestie der z.g.n. dubbele bevoordeeling aan de aangevers in de Successiememoriën ter vrije belissing te hebben overgelaten [1]), kwam hij sedert

---

1) Cf. b.v. P. W. 3582 en 4697.

1868, op het voetspoor van een advies der Landsadvocaten van datzelfde jaar, tot het juiste inzicht en weigerde voortaan die dubbele bevoordeeling te erkennen [1]).

Later week hij echter weder eenmaal van den goeden weg af op grond van een paar onjuiste adviezen der Landsadvocaten, in den loop van 1874 gegeven [2]). Aanleiding hiertoe leverde eene tweede huwelijksgemeenschap, welke krachtens den algemeenen regel bij helfte moest worden verdeeld, daar het verschil tusschen de aanbrengsten der beide echtgenooten niet zoo groot was, dat van eene toepassing van art. 236 sprake behoefde te zijn. Aangenomen werd nu, dat, daar art. 236 niet toepasselijk was, hier ook geene dubbele bevoordeeling denkbaar was, zoodat de nieuwe echtgenoot krachtens het testament van den hertrouwde nog zou mogen ontvangen een vierde deel der bij helfte verdeelde huwelijksgemeenschap.

Hierbij werd echter het beginsel der Lex Hac edictali ten eenenmale uit het oog verloren, omdat de nieuwe echtgenoot nu van des hertrouwden zijde ten beloope van meer dan een kindsgedeelte bevoordeeld was, terwijl ook hier op geene wijze het geoorloofd maximum : fictieve massa van den nieuwen echtgenoot + helft der winst + een vierde deel van de fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot (waaronder dan ook de wederhelft der winst) had overschreden mogen worden.

In 1891 zag men dit dan ook terecht in en werd, mede

1) Advies der Landsadvocaten van 15 Maart 1868 no. 356 Fo. 3 P. W. 5345.

2) Adviezen der Landsadvocaten van 15 September 1874 no. 827 Fo. 20 en van 5 October 1874 no. 832 Fo. 21 P. W. 6637.

voor de gevallen, waarin de huwelijksgemeenschap bij helfte moet worden verdeeld, deze dwaalweg verlaten [1]).

Uitdrukkelijk werd toen bepaald, dat ingeval van verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte, de nieuwe echtgenoot uit het testament van den hertrouwde nog zou kunnen genieten het verschil tusschen de waarde van eigen aanbrengst ten huwelijk, vermeerderd met het halve bedrag der winst, een kindsgedeelte of hoogstens een vierde van de aanbrengst ten huwelijk van den hertrouwde en een evengroot aandeel in de wederhelft dier winst, verminderd met een gelijk aandeel in de begrafeniskosten eenerzijds, en het bedrag der halve huwelijksgemeenschap anderzijds [2]).

4. Naar aanleiding van de vraag omtrent het verband

1) Cf. P. W. 8189.

2) Wat de begrafeniskosten betreft, dient hier nog eene opmerking te worden gemaakt.

Voorzoover het hier genoemd maximum reeds in zijn geheel krachtens huwelijksgemeenschap wordt genoten, zal het natuurlijk niet behoeven te worden verminderd met een aandeel in die begrafeniskosten. Art. 178 B. W. schrijft dit duidelijk voor.

Waar echter het verschil tusschen dit maximum en de helft der huwelijksgemeenschap krachtens uiterste wilsbeschikking door den nieuwen echtgenoot genoten wordt, volgt uit hetzelfde artikel, dat deze ook een gedeelte in de begrafeniskosten van den hertrouwde zal hebben te dragen, en wel zoodanig gedeelte, als hetgeen hij uit des hertrouwden nalatenschap geniet, zich verhoudt tot het totaal bedrag daarvan. Dit spreekt eigenlijk vanzelf, maar kan toch nog eens uitdrukkelijk worden opgemerkt, daar het Bestuur der Registratie blijkens het zooeven aangehaald P. W. 8189 en reeds vroeger bij P. W. 5535 ten onrechte den nieuwen echtgenoot in elk geval een vol kindsgedeelte of een vierde deel in de begrafeniskosten schijnt te willen doen dragen, eene opvatting, welke noch door het Burgerlijk recht noch door het Fiscaal recht gevolgd behoort te worden.

Cf. ook no. 26 van het Vierde Hoofdstuk.

tusschen de artikels moet men zich ook van het volgende rekenschap geven.

Ingeval van een tweede of verder huwelijk, buiten gemeenschap van goederen aangegaan, zullen de artt. 237 of 949 ongetwijfeld onbeperkt gelden, doch indien deze huwelijken zijn gesloten in gemeenschap van goederen, kan dit anders zijn.

Men stelle zich het geval voor, dat op het oogenblik der ontbinding van zoodanige huwelijksgemeenschap blijkt, dat hetgeen van de zijde van den nieuwen echtgenoot, hetzij als aanbrengst, hetzij als staande huwelijk geërfde zaken, in de gemeenschap is gevloeid hetgeen van de zijde van den hertrouwden echtgenoot is opgekomen, daaronder begrepen diens eventueel privé vermogen, in waarde overtreft, zoodat de huwelijksgemeenschap den hertrouwden echtgenoot in plaats van nadeel voordeel blijkt te hebben opgeleverd. Het spreekt vanzelf, dat zulk eene huwelijksgemeenschap bij helfte zal worden verdeeld.

Nu is verder het geval zeer goed denkbaar, dat, ook al zou aan den nieuwen echtgenoot krachtens eene schenking bij huwelijksvoorwaarden of krachtens het testament van den hertrouwden echtgenoot het vol beschikbaar gedeelte van diens nalatenschap zijn gemaakt, b.v. gesteld, dat de hertrouwde vier of meer kinderen heeft, een vierde gedeelte, of dat hij er b.v. slechts één of twee nalaat, de helft of een derde gedeelte, de nieuwe echtgenoot nog niet bovenmatig zou bevoordeeld wezen.

Het zou n.l. kunnen blijken, dat, weder gelet op het eindresultaat en na vaststelling der fictieve nalatenschap, die de hertrouwde echtgenoot bij zijn overlijden zou hebben

nagelaten, ware hij niet in gemeenschap van goederen hertrouwd, het voordeel aan de zijde van den nieuwen echtgenoot ten slotte toch nog bleef beneden de maat van het kindsgedeelte dier nalatenschap van den hertrouwde. Dit zou zelfs dermate het geval kunnen zijn, — gesteld dat b.v. de hertrouwde echtgenoot niets ten huwelijk aanbracht noch na de voltrekking daarvan verkreeg, — dat ondanks alle door hem gedane schenkingen en gemaakte beschikkingen hij toch nog bevoordeeld, de nieuwe echtgenoot daarentegen benadeeld uitkwam.

Naar de letter genomen, zouden ook in zoodanig geval de artt. 237 en 949 op des hertrouwden nalatenschap van toepassing zijn, en zou dus de nieuwe echtgenoot ook nu toch tot het kindsgedeelte beperkt wezen, naar den geest opgevat, echter zeer zeker niet.

Daarom meen ik, gelet op den aard der geheele bepaling, zooals die steeds werd vooropgesteld, het verband met het eindresultaat, dat de nieuwe echtgenoot tot het beloop van het niet door de legitieme portie beheerscht gedeelte uit des hertrouwden nalatenschap [1]) mag bevoordeeld worden, zoolang het eindresultaat niet is, dat aan hem meer voordeel is opgekomen dan een kindsgedeelte van de fictieve nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot bedraagt.

Het Bestuur der Registratie huldigt deze meening nog niet, maar staat in eene betrekkelijk recente beslissing [2]), aan de letter der wet vasthoudend, in zoodanig geval aan den nieuwen echtgenoot krachtens testament van den

1) Deze nalatenschap is hier natuurlijk gelijk aan de helft der huwelijksgemeenschap.

2) Cf. P. W. 8766.

hertrouwde slechts een kindsgedeelte toe van het halve bedrag der huwelijksgemeenschap, in plaats van het vol beschikbaar gedeelte, waardoor de beperking der Lex Hac edictali toch nog niet zou zijn overschreden.

Naar mijne meening is deze beslissing dus onjuist en had men beter gedaan bij de eenmaal gevolgde goede methode [1]) te blijven volharden, hetgeen, mocht een ge val van dezen aard weder door het Bestuur beslist moeten worden, dan ook zeer te wenschen is.

5. Na het voorgaande zal het wel geen betoog behoeven, dat onjuist is hetgeen wel eens is beweerd, dat art. 949 slechts geldt ingeval van een tweede of verder huwelijk, buiten gemeenschap van goederen aangegaan.

Ook ingeval van huwelijksgemeenschap geldt dit artikel dus, maar dan steeds in verband met art. 236 of, — zelfs al zou ingevolge art. 183 de huwelijksgemeenschap bij helfte zijn verdeeld, — in verband met het door het beginsel der Lex Hac edictali gewenschte eindresultaat.

De uitdrukking „goederen" aan het slot van art. 949 is, zooals wij zagen, identiek met „boedel" aan het slot van art. 236 al. 1, waarop ook art. 237 weder terugwijst [2]),

1) Cf. P. W. 8189.

2) Naar aanleiding van art. 237 doet zich bij hen, die „boedel" in art. 236 als „aanbrengst" en „goederen" in art. 949 als „nalatenschap" opvatten, de vraag voor, hoe bij giften der geheele of gedeeltelijke nalatenschap tusschen in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenooten het geoorloofd kindsdeel moet worden berekend: uit de aanbrengst, krachtens art. 236 op grond van de verwijzing naar dit artikel door art. 237, als gold het hier schenkingen bij huwelijksvoorwaarden? of wel uit de nalatenschap, dus de aanbrengst, vermeerderd met het halve bedrag der winst, doch verminderd met het vertrouwd deel, ingevolge art. 949, als gold het hier uiterste wilsbeschikkingen?

gelijk zij beide eene vertaling zijn van het Fransche „biens" in art. 1098 van den Code.

Ongegrond bleek dus de meening van hen, die in art. 236 „boedel" als „aanbrengst ten tweeden huwelijk" en in art. 949 „goederen" als „nalatenschap" opvatten. Het eerste is zeer zeker onjuist uitgedrukt, het laatste kan, n.l. ingeval er geene huwelijksgemeenschap was, juist zijn, zoo deze er daarentegen wel was, echter niet, of niet dan bij groot toeval, indien n.l. de beide echtgenooten finantieel volkomen gelijk zouden staan.

Vat men echter de beide uitdrukkingen op als te bedoelen die fictieve nalatenschap, voor de naleving van het beginsel onmisbaar, dan ontwaart men, dat er geen verschil tusschen beide bestaat en men door dit desondanks toch aanwezig te achten zichzelf noodeloos in moeielijkheden brengt.

6. Voor het geval, dat beide echtgenooten voorkinderen in leven hebben en dus over en weder hertrouwde en nieuwe echtgenoot zijn, zal men zich voor de toepasselijkheid der artt. 237 en 949 van het volgende rekenschap moeten geven: Anders dan bij art. 236 moet hier de eerststervende der echtgenooten steeds als de hertrouwde worden aangemerkt, ten aanzien van wiens nalatenschap

---

Men kan de vraag ook aldus uitdrukken: of in zulk een geval het voor den nieuwen echtgenoot geoorloofd maximum ook omvat het kindsgedeelte in de wederhelft der winst, hetgeen art. 236 verbieden zou?

Deze vraag raakt dus feitelijk den aard der beschikkingen na doode bij huwelijkscontract, zoodat hare behandeling hier te ver zoude voeren. Slechts zij vermeld, dat conform een vonnis van een onzer kantonrechters het Bestuur der Registratie bij P. W. 8777 hier art. 236 en niet art. 949 toepasselijk achtte.

de beperkende bepalingen gelden en bijgevolg de andere echtgenoot, ook al zou hij veel rijker zijn, als de nieuwe echtgenoot worden beschouwd. Evenwel zal met schenkingen, door de echtgenooten aan elkander gedaan, steeds rekening moeten worden gehouden.

Voor het overige bestaat tusschen de artt. 237 en 949 eenerzijds en art. 236 anderzijds feitelijk geene afwijking en zal nagenoeg alles, wat naar aanleiding van art. 236 is opgemerkt, omtrent het te voeren bewijs, de aanwezigheid op het tijdstip, waarop de bepaling in werking treedt van- [1]) en het al of niet genieten door de kinderen, in verband met verwerping of onwaardigheid enz., de hoegrootheid hunner erfdeelen en van hetgeen aan den nieuwen echtgenoot mag opkomen, beide in verband met reeds genoten schenkingen enz., in één woord alles, wat niet specifiek de huwelijksgemeenschap betreft, ook op deze beide artikels van toepassing zijn.

Hier kan de nieuwe echtgenoot dus gewoon als wettig kind worden medegeteld en is zijn aandeel eenvoudig een gedeelte der werkelijke nalatenschap, zonder dat verdere herleiding noodig is, zooals bij de berekening van het vertrouwd deel in art. 236.

Vermaakt dus een hertrouwde echtgenoot, die b.v. vier wettige en twee wettig erkende natuurlijke kinderen nalaat, aan den nieuwen echtgenoot een kindsgedeelte, dan genieten naar mijne meening de natuurlijke kinderen ieder

---

1) Er is wel eens opgemerkt, dat volgens de letter der artt. 237 en 949 de aanwezigheid van voorkinderen op het tijdstip der huwelijksvoltrekking voldoende is. Het spreekt echter vanzelf, dat door zulk eene opvatting de geest der bepaling totaal zou worden misverstaan.

1/21, de wettige kinderen en de nieuwe echtgenoot ieder 19/105.

Toch lette men er op, dat de aanwezigheid van den nieuwen echtgenoot op de legitieme portie der kinderen nimmer invloed kan oefenen, zoodat deze in het gestelde geval voor de wettige kinderen steeds blijft 1/6.

De Fransche schrijvers schijnen het tegenovergestelde gevoelen toegedaan, een gevolg weder van de te nauwe aansluiting bij het leerstuk der legitieme portie [1]).

Wat de bepalingen omtrent inbreng van door den hertrouwde aan wien ook gedane schenkingen aangaat, kan verwezen worden naar het bij art. 236 daaromtrent opgemerkte [2]).

Hetzelfde zal n.l. hier gelden, dus ook, dat hetgeen daar in afwijking van de gewone regels van inbreng ter zuivere toepassing van het beginsel der Lex Hac edictali werd aangenomen, slechts dan toepasselijk is, indien het noodig is, aan hetgeen de nieuwe echtgenoot geniet de maat der beperking aan te leggen, die krachtens dit beginsel in deze artikels gesteld wordt.

Voorzoover dit echter niet noodig is, b.v. doordat de nieuwe echtgenoot is ingesteld tot erfgenaam van een gedeelte der nalatenschap van den hertrouwden echtgenoot, dat de geoorloofde grens niet overschrijdt, zal hij met ieder ander erfgenaam gelijkstaan en zullen de gewone bepalingen omtrent inbreng gelden [3]).

7. Ingeval de legitieme portie der kinderen verkort is, staat men nog voor meerdere vragen, die zich uit

1) Cf. Vierde Hoofdstuk no. 25 en Noot 2 op bl. 190.

2) Cf. ibidem nos. 18 en 28.

3) Cf. ibidem.

den aard der zaak bij de toepassing van art. 236 niet alle konden voordoen.

Het bleek reeds, dat de legitieme portie, op de gewone wijze uit de nalatenschap berekend, hier steeds in het oog moet worden gehouden en de nieuwe echtgenoot niet, zij het dan ook beneden de maat van artt. 237 en 949, ten koste van de legitimarissen bevoordeeld mag worden.

Omgekeerd echter zal hetgeen de nieuwe echtgenoot krachtens die artikels te veel zou genieten en dat dus aan de kinderen terugvalt, op hunne legitieme portie moeten worden geimputeerd, immers op welke wijze deze wordt aangevuld, is onverschillig.

In het Oud-Vaderlandsch [1]) en het Oud-Fransch recht [2]) nam men het tegendeel aan om uitdrukkelijk te doen uitkomen, dat hetgeen krachtens het beginsel der Lex Hac edictali den nieuwen echtgenoot werd ontnomen, van geheel anderen aard was dan de legitieme portie. Aldus voerde men het inderdaad tusschen beide bestaand verschil te ver door in tegenstelling met de tegenwoordige Fransche schrijvers, die te veel verband tusschen beide zoeken.

Zal men dus naar ons recht imputatie op de legitieme portie der kinderen moeten aannemen van hetgeen krachtens de artt. 237 en 949 op den nieuwen echtgenoot wordt ingekort, dan rijst weder de vraag, bij het omgekeerde stelsel onbekend en ook reeds bij de behandeling van art. 236 besproken [3]), n.l.

---

1) Cf. b.v. VOET, Comm. ad Pand. De ritu nuptiarum (XXIII 2) no. 111.

2) Cf. o.a. RICARD t. a. p. Glose IV pag. 733. en LEBRUN t. a. p. Distinction IV pag. 349.

3) Cf. Vierde Hoofdstuk no. 29.

Welke inkorting heeft c. q. den voorrang? of m. a. w.: Zullen de kinderen tot aanvulling hunner legitieme portie tegen anderen dan den nieuwen echtgenoot niet eerder kunnen ageeren, voordat zij de bevoordeeling van dezen laatste door hunne actie tot inkorting tot de geoorloofde grens hebben teruggebracht? of wel:

Zullen zij zonder deze laatste actie vooraf in te stellen onmiddellijk tegen alle door den hertrouwden echtgenoot bevoordeelde niet-legitimarissen, ook dus den nieuwen echtgenoot, op denzelfden voet als tegen de overigen aanvulling hunner legitieme portie kunnen eischen?

Hetgeen ten aanzien van dit punt voor art. 236 gezegd is, zal ook hier gelden. Juist het beginsel dier imputatie leidt tot eene beantwoording dezer vraag in eerstbedoelden zin.

Naar mijne meening zullen de legitimarissen zich nimmer tegenover hen, ten behoeve van wie zij in hunne legitieme portie benadeeld zijn, over die benadeeling kunnen beklagen, zoolang zij niet gebruik hebben gemaakt ven alle hun door de wet toegekende middelen om hunne rechten te handhaven, of, wil men, het beschikbaar deel wordt er niet kleiner door, indien baten, welke krachtens de wet tot de nalatenschap kunnen en moeten worden teruggebracht, daaraan worden onttrokken gehouden.

Geeft men zich hiervan rekenschap, dan heeft men tevens een antwoord gevonden op een tweetal vragen, welke eigenlijk niet anders dan practische toepassingen zijn van de zooeven gestelde.

8. De eerste betreft de wijze van inkorting, indien de nieuwe echtgenoot door schenking bij huwelijksvoorwaar-

den of uiterste wilsbeschikking boven de in artt. 237 of 949 gestelde maat bevoordeeld is, en aldus in vereeniging met aan derden gedane schenkingen of besproken testamentaire bevoordeelingen de kinderen van den hertrouwden echtgenoot in hunne legitieme portie zijn benadeeld.

Uit het voorgaande vloeit nu voort, dat hetgeen de nieuwe echtgenoot ontving of ontvangen zou, allereerst op vordering der voorkinderen tot de bij artt. 237 of 949 geoorloofde maat moet worden teruggebracht en dat hij daarna voor het overschot met ieder ander wordt gelijkgesteld en dus c. q., waar het eene hem besproken testamentaire bevoordeeling betreft, pondsponds, waar het daarentegen eene door hem genoten schenking aangaat, naar de in artt. 971 e. v. B. W. voorgeschreven regeling in de inkorting voor de legitieme portie moet dragen.

De Fransche schrijvers, die de vraag ook behandelen, komen hier tot hetzelfde resultaat [1]).

Dat eerst ingekorte nu valt ingevolge art. 236 al. 2 in de nalatenschap en hetzelfde zal, zooals reeds vroeger werd opgemerkt, ook voor de artt. 237 en 949 moeten worden aangenomen.

Niet steeds zullen dus de kinderen van den hertrouwden echtgenoot hiervan onverdeeld of rechtstreeks profiteeren. Immers tot de nalatenschap kunnen naast hen ook testamentair ingestelde derden gerechtigd zijn en, huldigt men de opvatting, dat een legitimaris niet persé erfgenaam behoeft te wezen, dan is het zeer goed denkbaar, b.v. als een derde tot eenig erfgenaam is benoemd, dat de geheele

1) Cf. Demolombe XXIII no. 567. Laurent XV no. 392.

inkorting krachtens het beginsel slechts dezen ten goede komt.

Hiermede zal men dus verder bij de inkorting voor de legitieme portie rekening moeten houden, hetgeen echter hier te ver zou voeren en zuiver in het leerstuk der legitieme portie thuis behoort.

9. De tweede vraag, mede veelal bij de Fransche schrijvers behandeld, welke in het bovenstaande hare oplossing vindt, is deze: Gesteld, dat de hertrouwde echtgenoot zijne kinderen tot hunne legitieme portie heeft beperkt door aan een vreemde het beschikbaar deel te maken, terwijl de nieuwe echtgenoot b.v. bij huwelijksvoorwaarden eene schenking had genoten, welke de legitieme portie blijkt te hebben overtroffen en dus te groot te zijn geweest. Wie moet nu tegen den laatste tot vermindering dier schenking ageeren? De voorkinderen? Maar dezen, beweert men dan, vinden hunne legitieme portie in de nalatenschap en hebben dus verder niets meer te vorderen. De testamentair bevoordeelde dan? Maar deze is geen voorkind en in zijn belang strekt art. 237 niet.

Duidelijk zal het wel zijn, dat hier toch slechts de voorkinderen die actie tot vermindering kunnen instellen, en dat zij, voorzoover zij dit niet doen, ook niet hunne volle legitieme portie genieten, daar de testamentair bevoordeelde recht heeft op het beschikbaar deel met inachtneming van art. 237.

Indirect profiteert hij dus ook van dit artikel, hoewel het feitelijk niet te zijnen behoeve is opgenomen.

Hem nu echter ook de actie zelve toe te kennen, komt

mij ongemotiveerd en in verband met het zooeven betoogde onnoodig voor [1]).

Van deze vraag komt men weder tot eene andere, mede door de Fransche schrijvers opgeworpen, n.l. of hetgeen door den hertrouwden aan den nieuwen echtgenoot bij huwelijksvoorwaarden is geschonken, inzonderheid dan ter zake des doods, met het oog op de onherroepelijkheid dezer schenkingen door latere beschikkingen van den hertrouwde, ter wille van art. 237 wel verminderd mag worden?

Indien b.v. aan den nieuwen echtgenoot een kindsgedeelte der nalatenschap is toegezegd en bij testament aan een vreemde een legaat werd gemaakt, moet nu ook het aan den nieuwen echtgenoot toegezegde daarin dragen? Zoo ja, dan zou art. 227 of art. 228 B. W. overtreden worden, zoo neen, dan art. 237.

Inderdaad zijn er, die in dit geval aan het legaat geene uitvoering willen geven, om alzoo naast het laatstgenoemd artikel ook de eerstvermelde artikels streng te handhaven.

Toch hel ik eerder over tot de meening van hen, die het legaat wel willen uitvoeren en daarin dan ook den nieuwen echtgenoot doen dragen, voornamelijk op grond van de bedoeling van den hertrouwde, dat de nieuwe echtgenoot evenveel als een zijner kinderen zou genieten [2]).

Voorzoover bij het huwelijkscontract uitdrukkelijk een kindsgedeelte was geschonken, is, dunkt mij, deze bedoeling zeer evident, maar ook waar een ander breukcijfer der nalatenschap of bepaalde zaken zijn toegezegd, die in

1) Aldus terecht ook Demolombe t. a. p. no. 569. Laurent t. a. p. no. 392. Aubry en Rau VIII pag. 286.

2) Aldus ook Demolombe t. a. p. no. 569.

waarde hetgeen het minst genietend kind ten slotte krijgt, niet overtreffen, zal men tot dezelfde beslissing kunnen komen.

De in artt. 227 en 228 uitgesproken onherroepelijkheid toch kan niet bedoeld zijn voor het geval van art. 237, dat integendeel daaraan derogeert, krachtens het voorschrift der Lex Hac edictali slechts op het eindresultaat der bevoordeeling te letten.

10. Waar zooeven gewag werd gemaakt van de bedoeling van den schenker, rijst omtrent het bedrag van het aan den nieuwen echtgenoot toekomende nog eene andere vraag, wederom door de Fransche schrijvers met voorliefde behandeld en mede met een beroep op die bedoeling opgelost: Hoe n.l., indien de hertrouwde aan den nieuwen echtgenoot bij huwelijkscontract of testament een kindsgedeelte heeft gemaakt en hij sterft zonder afkomelingen achter te laten?

Er zijn er, die in dit geval volgens des hertrouwden bedoeling aan den nieuwen echtgenoot alles willen toekennen [1]), terwijl anderen hem in dit geval niets willen geven, daar er nu geen kindsgedeelte denkbaar is; nog anderen, b.v. POTHIER [2]), zijn van meening, dat de nieuwe echtgenoot hier recht heeft op de helft van des hertrouwden nalatenschap, met een beroep op ULPIANUS [3]), dat waar van een deel wordt gesproken zonder dat de hoe-

---

1) Aldus b.v. LEBRUN t. a. p. Distinction V pag. 356.
Eene dergelijke uitspraak bij VAZEILLE ad art. 1098.

2) POTHIER no. 598 e. v.

3) Lex 164 § 1 Dig. de Verborum Significatione (L 16).
Aldus ook RICARD t. a. p. Glose IV pag. 727.

grootheid wordt uitgedrukt, de helft wordt bedoeld, terwijl ten slotte weder anderen aan den nieuwen echtgenoot een vierde deel toestaan, het in art. 1098 van den Code en ook in onze artikels genoemd maximum, als zijnde dit hoogstens bedoeld [1]).

Bij al dit meeningverschil wil het mij voorkomen, dat, waar de hertrouwde echtgenoot bij zijn overlijden geene voorkinderen nalaat, deze vraag niet er eene is, welke specifiek behoort tot het onderwerp, dat ons thans bezighoudt, omdat de hier behandelde artikels dan toch niet van toepassing zijn, zoodat dezelfde kwestie zich evengoed in eerste huwelijk kan voordoen, wanneer de eene echtgenoot aan den anderen een kindsgedeelte heeft toegezegd en geene kinderen of verdere afkomelingen achterlaat.

Om deze reden komt de meening van hen, die aan den nieuwen echtgenoot een vierde deel willen toekennen, mij ten eenenmale ongegrond voor, eene toepassing der bepaling op een tijdstip, waarop geene termen daartoe aanwezig zijn, in strijd dus met haar eigen voorschrift.

In de plaats daarvan de helft toe te kennen met een beroep op den zooeven aangehaalden ouden Romeinschen rechtsregel, waarvan het voor het minst zeer twijfelachtig is, of hij thans nog geldt, is eveneens ongemotiveerd, en aan den nieuwen echtgenoot niets toe te staan, is niet alleen onbillijk en in strijd met de bedoeling van hem, die over het kindsdeel beschikte, maar leidt tot ongerijmde gevolgtrekkingen

---

1) Aldus b.v. DEMOLOMBE t. a. p. no. 590. en LAURENT XV no. 389.

Neme men om dit nog sterker te doen uitkomen, het geval van eerste huwelijk, of wat op hetzelfde nederkomt, dat de hertrouwde slechts kinderen uit het nieuwe huwelijk achterlaat, doordat de voorkinderen overleden zijn. Ieder kind, dat komt te overlijden, maakt het aandeel van den bevoordeelden echtgenoot grooter, zoodat dit, waar er nog slechts één kind over is, tot de helft kan stijgen, om echter, wanneer ook dit kind zou sterven, plotseling tot nul teruggebracht te worden, in plaats van, eenmaal op den ingeslagen weg voortgegaan, tot de geheele nalatenschap aan te wassen.

Inderdaad komt dit laatste mij dan ook voor het dichtst bij de waarheid te zijn en ook het meest met de bedoeling des instellers in overeenstemming. Alleen lette men er op, dat naast de legitieme portie van eventueele ascendenten of natuurlijke kinderen ook uiterste wilsbeschikkingen van lateren datum geëerbiedigd zullen moeten worden, ja zelfs die van gelijken of van vroegeren datum, voorzoover zij op het oogenblik, waarop het kindsgedeelte aan den nieuwen echtgenoot werd toegezegd — gelet op het toen aanwezig getal kinderen — nog geldende en uitvoerbaar waren.

Dit laatste ziet inzonderheid op erfstellingen, wier omvang door elke nieuwe beschikking gewijzigd wordt, terwijl legaten zonder uitdrukkelijke of stilzwijgende herroeping van kracht blijven. In welke onderlinge verhouding dan de nieuwe echtgenoot voor zijn ingesteld kindsgedeelte en de overige benoemde erfgenamen voor hunne erfdeelen gerechtigd zijn, is niet met een enkel woord te zeggen en zal naar elk bepaald geval moeten worden beslist.

Toch wordt aldus, dunkt mij, des erflaters bedoeling, in verband met de voorschriften der wet, het best nageleefd.

11. Bij de behandeling van art. 236 werd reeds besproken het geval, dat aan een of meer der kinderen zijn aandeel, in plaats van in eigendom, geheel of gedeeltelijk in vruchtgebruik of eenig ander genotgevend zakelijk recht of wel in eene periodieke uitkeering of dergelijke of ook slechts in blooten eigendom werd gemaakt, waarbij getracht werd aan te geven, hoe in zoodanig geval gehandeld moet worden [1]).

Het daar gezegde zal ook hier toepasselijk zijn. Hier echter, bij de artt. 237 en 949, kan zich ook het geval voordoen, dat aan den nieuwen echtgenoot op eene dezer wijzen genot is verschaft of toegezegd, zoodat men heeft te beslissen, of dit al of niet de geoorloofde grens te boven gaat.

Hiertoe kan men vooreerst twee wegen inslaan: òf wel aannemen, dat ook in vruchtgebruik als anderszins geen grooter gedeelte der nalatenschap mag worden besproken dan in vollen eigendom, òf wel tot de tegenovergestelde conclusie komen, in welk laatste geval de waarde van het vruchtgebruik enz. tot die van vollen eigendom zal moeten worden herleid om aldus te constateeren, of het voordeel inderdaad al of niet bovenmatig was.

Eerstgemeld gevoelen is ongetwijfeld het eenvoudigst, daar het tot geene schatting en kwesties, welke daaruit kunnen voortvloeien, aanleiding geeft. Het steunt voornamelijk hierop, dat onder het „geven" in art. 949, — want

---

1) Cf. Vierde Hoofdstuk no. 27.

inzonderheid naar aanleiding van dit artikel deed zich de kwestie voor, — ook het recht van vruchtgebruik enz. begrepen is, en dat eene making in vruchtgebruik, b.v. van meer dan een kindsgedeelte of dan een vierde deel, inderdaad eene beschikking is over meer dan de in artt. 237 en 949 gestelde maat. Verder wordt dan nog aangevoerd het practisch bezwaar, dat het vruchtgebruik enz. zoo moeielijk te taxeeren zou zijn en wellicht de geheele nalatenschap zou kunnen omvatten [1]).

Niettemin meen ik aan de andere opvatting de voorkeur te moeten geven, daar de eerste zich aan eene onderstelde opvatting van woorden vastklemt, waarvoor echter geen grond is [2]).

Ook dan kan men echter weder meerdere wegen opgaan.

Zoo zal men in overeenstemming met de voorheen door het Bestuur der Registratie gehuldigde leer kunnen aannemen, dat het vruchtgebruik enz. het gansche beschikbaar, d. w. z. aan de legitieme portie onttrokken deel der nalatenschap omvatten mag [3]), in overeenstemming met een vonnis der rechtbank te Amsterdam [4]), gewezen in strijd met de conclusie van het Openbaar Ministerie, dat de eerstvermelde meening huldigde.

Het betrof hier een hertrouwden echtgenoot, die bij zijn overlijden niets dan één voorkind achterliet en aan zijne

---

1) Cf. o.a. Diephuis VIII bl. 365—367. en Land, Burgerlijk Wetboek II bl. 59.

2) Te betreuren is het dus, dat het Bestuur der Registratie ten slotte ook deze opvatting is gaan huldigen in P. W. 6651.

3) Cf. P. W. 4381, 5633, 6183 en 6262.

4) Rechtbank Amsterdam 29 Maart 1864 W. 2593; cf. P. W. 4518.

tweede echtgenoote had gelegateerd het vruchtgebruik van het beschikbaar gedeelte zijner nalatenschap. De rechtbank kende hier nu niet een vierde gedeelte, maar de helft aan de nieuwe echtgenoote in vruchtgebruik toe, overwegende, dat onder geven of beschikken niet is begrepen toekennen van vruchtgebruik, voornamelijk met een beroep op art. 965 B. W., dat den legitimaris ingeval van een vruchtgebruik, dat het wettelijk erfdeel benadeelt, een recht van keuze toekent, want, had de wet onder art. 949 ook makingen in vruchtgebruik bedoeld, dan had zij in art. 965 eveneens voor dit geval een dergelijk recht van keuze moeten openstellen en dat zij dit niet deed, bewijst volgens de rechtbank, dat in het geval van art. 949 niet aan vruchtgebruik is gedacht. Men had hier naar mijn oordeel art, 965, dat in het leerstuk der legitieme portie thuis behoort, achterwege kunnen en moeten laten, maar had evenwel gelijk dit artikel hier niet van toepassing te achten.

Een tweeden weg, dien men hier kan inslaan is daarentegen zich wel hierop te beroepen. In de praktijk heeft men dezen weg inderdaad ook meermalen ingeslagen [1]), waartoe inzonderheid de Fransche schrijvers, door hunne aansluiting in dezen bij het leerstuk der legitieme portie, boven reeds uitvoerig wederlegd, het voorbeeld gaven [2]). Ten onrechte evenwel.

Immers art. 949 — en dit geldt nu evenzeer voor art. 237 — bedoelt geenszins de testeervrijheid te beperken,

1) Cf. P. W. 407, 4721.

2) Cf. Demolombe t. a. p. no. 605. Laurent XV no. 402.

maar slechts te beletten, dat de nieuwe echtgenoot op eenige wijze meer dan een der kinderen geniet. Het verplichte letten op het eindresultaat der bevoordeeling leidt dus ook hier weder tot een beperkt toelaten van inbreuk op de algemeene regelen van het erfrecht.

Dan is echter ook de eerste meening: hier slechts het aan de legitieme portie onttrokken deel in vruchtgebruik toe te kennen, van grond ontbloot [1]) en moet, — ziehier de derde en m.i. eenig juiste weg, die hier openligt, — wel verre van met het Amsterdamsche vonnis aan te nemen, dat het geval van eene schenking of making in vruchtgebruik of dergelijke in art. 237 of art. 949 niet is voorzien, integendeel de conclusie worden getrokken, dat alle soorten van beschikkingen door deze artikels beheerscht worden aldus, dat moet worden nagegaan, of het besprokene in waarde het minste kindsgedeelte of vierde deel van het bedrag der nalatenschap, in al hare bestanddeelen samengevat, overtreft. Evengoed derhalve als van deze de totale waarde moet worden berekend, moet ook de waarde van het bij huwelijksvoorwaarden of testament besprokene, waarin dit dan ook bestaan moge, worden geschat, van een in vollen eigendom gelegateerd huis of effect dus niet anders dan van het gelegateerd vruchtgebruik of de

---

1) Zeer ver ging het Bestuur der Registratie door met een ongemotiveerd beroep op art. 965 B. W., zoolang men daartegen niet was opgekomen, een vruchtgebruik der geheele nalatenschap als geoorloofd aan te nemen: P. W. 4721. Later beperkte het dit weder tot het beschikbaar gedeelte: P. W. 5633.

Mede eene ruime bevoordeeling vindt men toegestaan in P. W. 6262.

In al deze gevallen verloor men echter de schatting uit het oog.

gemaakte bloote eigendom van een vierde deel der nalatenschap b.v. enz.

De wijze van waardeering wordt hier door de wet niet voorgeschreven. Deze zal dus kunnen geschieden, zooals partijen dit onderling overeenkomen, b.v. met behulp van de tabellen, aangegeven in art. 23 der Successiewet of die van geaccrediteerde levensverzekeringmaatschappijen, hetgeen vooral in den tegenwoordigen tijd weinig bezwaar zal opleveren.

12. Men mag zich verwonderen, dat men bij de talrijke schrijvers over dit onderwerp zoo zelden of niet deze schatting verdedigd vindt, welke toch bij de geheele toepassing der thans behandelde artikels een onmisbaar vereischte is.

Tot dezelfde conclusie komt echter ook Prof. HAMAKER in een aan deze vraag gewijd opstel [1]).

Ten aanzien van beschikkingen, welke zonder haar rechtstreeks te kort te doen een last leggen op de legitieme, als vruchtgebruik of andere zakelijke rechten, ook fideï-commissaire beschikkingen of die onder eene voorwaarde, en ook ten aanzien van het omgekeerde van deze, n.l. makingen van de legitieme in vruchtgebruik of met fideïcommis bezwaarden eigendom enz., vermeldt de Hoogleeraar drie stelsels:

1° Dat, in het Romeinsche recht, het Oud-Vaderlandsche-, het Duitsche- en ook het Oud-Fransche recht aangenomen, krachtens hetwelk al deze beschikkingen, voorzoover het bedrag der legitieme portie betreft, nietig waren.

---

1) Prof. HAMAKER, „Art. 965 en zijn verband met art. 949 B. W." in W. P. N. R. 1691 – 1693 (Jaargang 1902).

2e Dat, in het Romeinsche recht en de twee andere daarna eerstgenoemde rechten slechts ingeval van uitdrukkelijke bepaling door den erflater, in Frankrijk vóór de invoering van den Code zelfs zonder zoodanige bepaling door sommigen erkende, krachtens hetwelk de legitimarissen, ingeval van zoodanige beschikkingen de keus hadden deze uit te voeren of wel hunne legitieme portie in vollen en vrijen eigendom te behouden en daarentegen de rest af te staan: de z. g. n. Cautela Socini, het stelsel van art. 917 C. C. en art. 965 B. W., door den Code het eerst tot wet verheven.

3e Dat, ook somwijlen in het Oud-Fransche recht verdedigd, krachtens hetwelk de legitimarissen die beschikkingen moesten eerbiedigen, indien wat zij kregen niet minder waard was dan de legitieme portie, waartoe dus onvermijdelijk schatting noodig was.

De Hoogleeraar toont nu duidelijk aan [1]), dat de beperkte beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de legitieme portie van geheel anderen aard is dan die ten aanzien van ons art. 949 B. W. of wel art. 1098 van den Code, het beginsel der Lex Hac edictali.

De bepalingen omtrent de legitieme portie toch dienen om een bepaald voordeel aan de kinderen te verzekeren, die, voortvloeiende uit het beginsel der Lex Hac edictali, om te beletten, dat de nieuwe echtgenoot te veel krijgt, zonder dat dit bepaald aan de kinderen behoeft te komen.

Voor eene bevoegdheid dus, zooals in art. 965 den legitimarissen wordt toegekend, eene beschikking van den

---

1) In W. P. N. R. 1693 bl. 277 e. v.

erflater, gelijk daar bedoeld, te converteeren in eene legitieme voor zichzelven en eene beschikbare rest voor een derde, bestaat dus in deze materie ten aanzien van den nieuwen echtgenoot geen redelijke grond en art. 965 zal hier dus niet analogice mogen worden toegepast [1]).

---

1) Een verkeerd inzicht in de zaak toonde de rechtbank te Leeuwarden bij haar vonnis van 24 October 1901, waarvan de overwegingen quoad jus mede zijn opgenomen in W. P. N. R. 1691.

Hier betrof het een hertrouwden echtgenoot met zeven voorkinderen, die aan zijne nieuwe echtgenoote het vruchtgebruik had gemaakt van zijne geheele nalatenschap en tevens bepaald had, dat diegenen zijner kinderen, die zich hiertegen zouden verzetten, in de legitieme portie zouden worden gesteld. Twee hunner verzetten zich inderdaad. De rechtbank wees nu aan dezen hunne legitieme toe, maar handhaafde de nieuwe echtgenoote in het vruchtgebruik van de rest der nalatenschap en liet den aldus vrijkomenden blooten eigendom van 2/28 der nalatenschap eenvoudig aanwassen bij de vijf overige kinderen, die de beschikking eerbiedigden, eene absolute miskenning van art. 965, alsof dit artikel bedoelde, dat het door den legitimaris opgeofferde zou aanwassen in vruchtgebruik bij den ingestelden vruchtgebruiker, in blooten eigendom bij zijne medelegitimarissen, in plaats van in vollen eigendom bij den ingestelden vruchtgebruiker.

Eene richtige toepassing van art. 965, nu eens alleen gelet op dit artikel, zou hier dus hebben moeten toewijzen: aan de nieuwe echtgenoote 5/7 in vruchtgebruik en 2/28 in vollen eigendom (en niet slechts 22/28 in vruchtgebruik), en aan de vijf legitimarissen, die het vruchtgebruik eerbiedigden, ieder niet meer dan 1/7 in blooten eigendom.

Aldus echter zou art. 949 hoogstwaarschijnlijk overtreden zijn. Acht men n.l. de bepaling van art. 965 ook hier toepasselijk, dan moet men, gelet op het beginsel der Lex Hac edictali, als niet beschikbaar deel aannemen 7/8, als beschikbaar deel 1/8.

Zonder de uitdrukkelijke bepaling in het testament, dat wie zich zou verzetten, in de legitieme portie zou worden gesteld, had hier dus moeten worden toegekend: aan de twee zich verzettende kinderen ieder 1/8 in vollen eigendom, aan de vijf andere kinderen ieder 1/7 in blooten eigendom, aan de nieuwe echtgenoote 2/56 in vollen eigendom en 5/7 in vruchtgebruik.

In verband met die bepaling van het testament zou de berekening echter worden: aan die twee eerste kinderen en dus ook aan de nieuwe echtge-

Hiermede meen ik ook van artt. 237 en 949 te kunnen afstappen om nog enkele oogenblikken stil te staan bij eenige andere artikels in ons Burgerlijk Wetboek, welke met de thans behandelde in verband kunnen worden gebracht.

---

noote (krachtens art. 949), ieder 3/28, aan de vijf overige kinderen ieder 19/140 alles in vollen eigendom, tenzij men schatting aanneemt.

Kent men hier n.l. aan de nieuwe echtgenoote toch 2/28 in vollen eigendom en 5/7 in vruchtgebruik toe, dan is zeer waarschijnlijk art. 949 overtreden, en zal men dus òf de juist vermelde oplossing moeten aanvaarden òf tot schatting de toevlucht moeten nemen, hetgeen m. i. alleen juist is.

Naar mijne meening had hier dus zonder die strafclausule in het testament ingeval van verzet het vruchtgebruik moeten worden getaxeerd om aldus tot de in art. 949 geoorloofde grens te worden teruggebracht, waarna de rest tusschen alle kinderen gelijkelijk had moeten worden verdeeld.

In verband met die strafclausule blijft er eveneens nog schatting noodig om het aan den nieuwen echtgenoot besproken vruchtgebruik terug te brengen tot eene waarde, gelijk aan die der legitieme portie van een der kinderen; de twee zich verzettende kinderen krijgen dan ieder hunne legitieme portie, de vijf overige kinderen de rest.

ZESDE HOOFDSTUK.

# Het Beginsel der Lex Hac edictali in verband met andere artikels van het Burgerlijk Wetboek.

---

1. De reeds behandelde artikels kunnen nog met andere artikels van het Burgerlijk Wetboek in aanraking komen en bij enkele van de meest voor de hand liggende gevallen van dezen aard wil ik hier nog even stilstaan.

Het verband met art. 965 is reeds boven volledig besproken en behoeft hier dus niet weder te worden opgehaald. Letten wij thans echter op de artt. 150 en 151 182, 233 en 340 B. W. met betrekking tot het onderwerp, dat ons bezighoudt.

Art. 150 bepaalt, dat een huwelijk, hetwelk nietig verklaard is, niettemin al zijne burgerlijke gevolgen behoudt, zoo ten opzichte van de echtgenooten als van de kinderen, als het te goeder trouw door beide echtgenooten is aangegaan, terwijl art. 151 voor het geval, dat een der echtgenooten te kwader trouw is, die burgerlijke gevolgen slechts voor de kinderen en den anderen echtgenoot doet gelden.

Ten aanzien van de artt. 236, 237 en 949 heeft dit

dus als gevolg, dat wanneer iemand, die te goeder trouw een huwelijk had aangegaan, waaruit ook kinderen geboren zijn, doch dat daarna is nietig verklaard, ten tweedenmale huwt, hij naar de wet geacht wordt te hertrouwen en wettige voorkinderen te bezitten, zoodat c. q. het beginsel der Lex Hac edictali op de gewone wijze in werking treedt. Dit spreekt eigenlijk van zelf en wordt meer volledigheidshalve nog even opgemerkt.

2. Van veel meer belang dan ook is het verband tusschen art. 236 en art. 182, de z. g. n. gecontinueerde gemeenschap. Hoe vaak gebeurt het niet, dat de langstlevende ouder, die verzuimde aan het voorschrift van art. 182 te voldoen, later in gemeenschap van goederen hertrouwt en dus nu feitelijk in twee huwelijksgemeenschappen verkeert, de gecontinueerde en de tweede huwelijksgemeenschap.

Het zou hier ongetwijfeld te ver voeren in deze kwestie diep in te gaan, daar zij weder een leerstuk op zichzelf oplevert. Voor de beteekenis, die art. 182 in onze wet heeft, meen ik te mogen verwijzen naar de studie van Professor HAMAKER, in het Weekblad voor Notarisambt en Registratie [1]), waarin de inhoud dezer bepaling grondig wordt uiteengezet.

Naar aanleiding hiervan en in verband met de artikelen, opgenomen in een vroegeren Jaargang van dit weekblad aangaande hetzelfde onderwerp [2]), meen ik, ook op grond

1) Prof. HAMAKER in W. N. R. (Jaargang 1898) 1486 c. v.

2) Zie het naschrift van Prof. HAMAKER bij een vonnis der rechtbank te Amsterdam van 31 Januari 1895 in W. N. R. 1324 en de beschouwingen naar aanleiding hiervan van Mr. H. J. KOENEN en denzelfde in W. N. R. 1328 en 1331.

van bestaande Jurisprudentie in dezen zin, te mogen aannemen, dat de voorkinderen, ingeval artikel 182 toepasselijk is, recht hebben op de helft der gemeenschap, zooals die bij het overlijden van den eerststervenden echtgenoot was en voorts op de helft van al het voordeel, dat den langstlevende sedert is opgekomen [1]).

Wat het eerste betreft, laat ik hier geheel in het midden, of hetgeen, waarmede in art. 182 als straf op het niet opmaken van een inventaris gedreigd wordt, eene gewone huwelijksgemeenschap is of niet.

Wat het tweede aangaat, zij opgemerkt, dat het hier geheel onverschillig is, of de overblijvende echtgenoot na de ontbinding van zijn eerste huwelijk al of niet nog in gemeenschap van goederen is hertrouwd, iets, waartoe hij, wat zijne onverdeelde helft in de eerste huwelijksgemeenschap betreft, evenals tot vervreemden en verteren daarvan, volkomen bevoegd is.

Ingeval van hertrouwen in gemeenschap van goederen heeft de hertrouwde dus van zijne zijde in gemeenschap gebracht zijne onverdeelde helft in de eerste huwelijksgemeenschap, zooals die was bij het overlijden van zijn eersten echtgenoot, benevens alles wat hij nog na dit

1) Mr. Koenen t. a. p. kent hier slechts een kwart dier voordeelen aan de voorkinderen toe, hetgeen, hoe vreemd het klinke, op hetzelfde nederkomt, daar hij bij die uitspraak van de onderstelling uitgaat, dat de hertrouwde echtgenoot de helft van alles op den nieuwen echtgenoot doet overgaan. Maar daar staat tegenover, dat hij ongeveer evenveel van dezen moet terug ontvangen, daar anders art. 236 intreedt en hij slechts een kindsgedeelte vertrouwt, dus meer dan de helft van zijne huwelijksaanbrengst overhoudt. Om deze reden geef ik aan de andere uitdrukking de voorkeur.

16

tijdstip en vóór zijn hertrouwen heeft geërfd, verkregen of overgewonnen [1]).

Dit stelsel van oplossing der kwestie komt met andere woorden hierop neder, dat aan de voorkinderen het recht van keuze wordt toegestaan, naar twee tijdstippen: overlijden van hun eerstgestorven ouder, en ontbinding der gecontinueerde gemeenschap, of wil men, ophouden van den abnormalen toestand van art. 182.

Ten aanzien van den nieuwen echtgenoot wordt nu gewoon gehandeld, als bestond de bepaling van art. 182 niet, d.w.z. de huwelijksgemeenschap is c.q. samengesteld uit beider aanbrengst, van de zijde van den hertrouwden echtgenoot bestaande uit het bovengenoemde en voorts uit de tijdens het tweede huwelijk overgelegde winst, terwijl omgekeerd het ingeteerd bedrag, het verlies, hare waarde vermindert, en tusschen de echtgenooten wordt deze massa op de gewone wijze verdeeld.

De minderjarige voorkinderen [2]) zijn in die huwelijksgemeenschap nu voor zooveel gerechtigd, dat zij, met inbegrip van de onverdeelde helft in de eerste huwelijksgemeenschap, gerekend naar het tijdstip van den dood van hun eerstoverleden ouder, evenveel bezitten als het bedrag van het aandeel van den hertrouwden echtgenoot in de

1) Deze overwinst echter, in overeenstemming met de door Mr. Koenen in W. N. R. 1328 terecht gemaakte opmerking, ten bate der voorkinderen verminderd met een bedrag, gelijkstaande met de overgespaarde inkomsten hunner onverdeelde helft, waarvan de langstlevende krachtens art. 370 B. W. geen vruchtgenot heeft.

2) Met voorkinderen worden hier krachtens art. 182 minderjarige bedoeld, aangenomen, dat ten aanzien der meerderjarige de bepaling van dit artikel ophoudt te gelden.

tweede huwelijksgemeenschap, verminderd met datgene waarop de voorkinderen daarin nog recht hebben als helft der voordeelen, den hertrouwden echtgenoot sedert de ontbinding van het eerste huwelijk opgekomen.

Hield de hertrouwde echtgenoot zaken buiten de tweede huwelijksgemeenschap, dan moeten deze tusschen hem en zijne voorkinderen bij helfte worden verdeeld. Zoolang toch art. 182 blijft gelden, komt het tusschen hem en hen bij alles op eene verdeeling bij helfte neder.

Voorzoover echter bij de ontbinding der tweede huwelijksgemeenschap deze voor den hertrouwde nadeelig is geweest, zoodat hem daarin minder blijkt toe te komen dan zijne onverdeelde helft bij het overlijden van zijnen eersten echtgenoot bedroeg, zullen de voorkinderen in plaats van nu ook de helft in dezen achteruitgang te aanvaarden, krachtens hun recht van keuze natuurlijk die oorspronkelijke onverdeelde helft, vermeerderd met hunne opgelegde inkomsten, kunnen vorderen.

Deze achteruitgang nu kan tweeërlei reden hebben: dat er is ingeteerd, of wel, dat de huwelijksgemeenschap voor den nieuwen echtgenoot voordeel blijkt te hebben opgeleverd, in welk laatste geval deze veelal krachtens art. 236 zal moeten worden verdeeld, waarna, indien er staande het tweede huwelijk niet genoeg winst is overgelegd, mogelijkheid bestaat, dat de hertrouwde echtgenoot minder overhoudt dan hij bezat, toen zijn eerste echtgenoot stierf.

De verdeeling krachtens art. 236 zal hier niets bijzonders vertoonen: de aanbrengst ten tweeden huwelijk van den hertrouwden echtgenoot is immers bekend: de on-

verdeelde helft der oorspronkelijke eerste huwelijksgemeenschap, vermeerderd met alles, wat hij tusschen het eerste en tweede huwelijk verkreeg (daaronder dus niet begrepen de overgespaarde inkomsten der kinderen). Uit het gezamenlijk bedrag hiervan, vermeerderd met dat der halve winst, zal dus op de bekende wijze het vertrouwde deel berekend worden en in hetgeen, na aftrek van het krachtens art. 236 j°. 240 aan den nieuwen echtgenoot toekomende, voor den hertrouwde overblijft, zullen diens voorkinderen nog de helft kunnen genieten van wat die rest meer dan hunne onverdeelde helft in de oorspronkelijke eerste huwelijksgemeenschap bedraagt [1]).

Wat hier het bewijs aangaat, meen ik mij geheel te mogen aansluiten bij de daaromtrent door Professor HAMAKER [2]) gemaakte opmerking, n.l. dat de voorkinderen ten aanzien van hunnen langstlevenden ouder geen bewijs behoeven te leveren, in welke zaken zij gerechtigd zijn, maar integendeel, zoolang het omgekeerde niet is aangetoond, te zijnen aanzien al het aanwezige kunnen achten tot de gecontinueerde gemeenschap te behooren, doch dat dit verandert, waar het den nieuwen echtgenoot betreft, tegen wien de voorkinderen wel degelijk bewijs zullen hebben te leveren, wat tot de oorspronkelijke eerste huwelijksgemeenschap behoorde en wat later verworven is, daar het eerste slechts voor de onverdeelde helft, het laatste voor het geheel in de tweede huwelijksgemeenschap is gevloeid. De hertrouwde echtge-

---

1) Cf. eene m. i. juiste toepassing van het hier behandelde in P. W. 5863.
2) Prof. HAMAKER t. a. p. in W. N R. 1331.

noot, langstlevende ouder zijner voorkinderen, zal ten aanzien van dezen in geene enkele zaak de verdeeling bij helfte mogen tegenhouden noch daartoe hebben te bewijzen, dat iets niet tot de oorspronkelijke eerste huwelijksgemeenschap behoorde, eenvoudig daar tusschen hem en zijne voorkinderen krachtens art. 182 alles bij helfte moet worden verdeeld. De nieuwe echtgenoot daarentegen treedt ten aanzien der voorkinderen als derde op en leeft in de gewone tweede huwelijksgemeenschap, waartoe te zijnen of haren opzichte geacht mag worden te behooren hetgeen de hertrouwde ten huwelijk heeft aangebracht: aan de voorkinderen nu te bewijzen, wat uit het aanwezige niet of slechts voor een onverdeeld gedeelte aan den hertrouwde behoorde en dus buiten de tweede huwelijksgemeenschap blijven moest. Natuurlijk zullen ook in dit geval weder alle bewijsmiddelen, die de wet kent, moeten worden toegelaten.

3. In een dergelijk verband met de artt. 236, 237 en 949 als het reeds vermelde art. 150 staat art. 333 B. W. Krachtens dit artikel kan wettiging door brieven des Konings van natuurlijke wettiglijk erkende kinderen van ouders, wier voorgenomen huwelijk door overlijden van een hunner niet kon doorgaan, niet strekken ten nadeele van wettige voorkinderen, noch ten nadeele van de erfopvolging van andere bloedverwanten, die niet in die wettiging hebben toegestemd.

Eerstens blijkt dus hieruit, dat, gesteld dat de overlevende, die reeds wettige voorkinderen had en vervolgens een of meer kinderen krachtens art. 330 liet wettigen, wederom hertrouwde, die gewettigde kinderen het erfdeel

der wettige voorkinderen niet kunnen verminderen en evenzoo ter bepaling van wat de nieuwe echtgenoot ontvangen mag, terzijde moeten worden gelaten, indien n.l. het tweede huwelijk kinderloos blijft. In het omgekeerde geval toch is het genot van den nieuwen echtgenoot gebonden aan het minste kindsgedeelte en wordt dus evenals de erfdeelen der uit het tweede huwelijk geboren kinderen, zoo dezen tenminste in die wettiging hebben toegestemd, door die wettiging geschaad.

In de tweede plaats volgt uit art. 333, dat, gesteld integendeel, dat de overlevende na die wettiging voor de eerste maal huwde, de gewettigde kinderen alleen dan ten aanzien van den nieuwen echtgenoot als wettige voorkinderen kunnen worden beschouwd, als bloedverwanten, die ingeval de wettiging uitwerking heeft, niet of slechts te zamen met de alsdan als wettig te beschouwen gewettigde kinderen erven, in die wettiging hebben toegestemd. Hierbij zal men dus bijzonder moeten denken aan de kinderen en verdere afkomelingen uit dat door den overlevenden ouder aangegaan huwelijk, doch voor het geval, dat dit kinderloos blijft, aan de alsdan geroepen erfgenamen van hem, die vroeger de wettiging heeft doen tot stand komen.

Stemmen de juist genoemden in die wettiging niet toe, dan kunnen de gewettigde niet als wettige kinderen worden beschouwd, zoodat dus van eene toepassing der art. 236 e. v. geen sprake kan zijn en het na de wettiging aangegaan huwelijk gewoon als een eerste zal gelden. Stemmen zij echter wel daarin toe, dan heeft die wettiging ook de kracht, haar in den aanhef van art. 333 toe-

gekend, d.w.z. zij doet de gewettigde kinderen sedert die wettiging dezelfde rechten genieten, als waren zij uit een wettig huwelijk geboren, dat nu wel in het geval van art. 333 j°. art. 330 niet voltrokken is, maar te hunnen aanzien niettemin vanaf dien datum als voltrokken moet worden beschouwd. In dit geval erven zij dus met de kinderen, uit het daarna plaatsgehad hebbend huwelijk geboren, als wettige kinderen mede, en ook, al zijn deze laatsten er niet, toch worden zij in elk geval tegenover den nieuwen echtgenoot als wettige voorkinderen beschouwd, te wier aanzien artt. 236 en 949 van toepassing zijn.

Weliswaar spreken al deze artikels van een tweede huwelijk en van de aanwezigheid van kinderen uit een vroeger huwelijk en zal men kunnen aanvoeren, dat het hier immers een eerste huwelijk betreft en er geene kinderen uit een vroeger huwelijk zijn, maar ik aarzel niet, waar hier aan de gewettigde de rechten van wettige kinderen moeten worden toegekend, de bepaling der Lex Hac edictali ook te hunnen behoeve toepasselijk te achten en in hun belang, ten opzichte van haar of hem, met wien de vader of moeder der gewettigden in het huwelijk trad, dit huwelijk inderdaad als een tweede te beschouwen. Zoodra toch de wettiging aanvangt te werken, moet in het belang der gewettigden een wettig huwelijk worden gefingeerd te hebben bestaan.

Bovendien dient het beginsel der Lex Hac edictali ter bescherming der belangen van de wettige en daarmede gelijkstaande gewettigde voorkinderen en niet van het tweede huwelijk qua talis.

Evenwel was de rechtbank te Amsterdam blijkbaar van een ander gevoelen, waar zij aannam [1]), dat kinderen, bij brieven des Konings gewettigd, niet alleen in het geval van art. 333, maar zelfs in dat van art. 332 niet dezelfde rechten hebben, als waren zij uit een huwelijk geboren, zoodat art. 949 hen niet beschermt.

4. In de laatste plaats dient nog gewezen te worden op het conflict, dat onstaan kan tusschen artt. 236, 237 of 949 en art. 340. Volgens dit laatste artikel zal eene erkenning, staande huwelijk gedaan, van een natuurlijk kind, vóór dat huwelijk bij een ander dan den echtgenoot verwekt, noch aan dien echtgenoot noch aan de uit dat huwelijk geboren kinderen schade kunnen toebrengen.

Van de kinderen uit een aan die verwekking voorafgegegaan of daarop gevolgd huwelijk wordt dus niet gesproken, zoodat de daaruit geboren kinderen, de wettige voorkinderen dus ook, niet van art. 340 zullen kunnen profiteeren. Het valt echter niet te ontkennen, dat men aldus in eene door de wet niet voorziene impasse geraakt, die men niet ontkomen kan zonder hetzij art. 236, hetzij art. 340 geweld aan te doen.

Eenerzijds toch kunnen de wettige voorkinderen door eene erkenning staande tweede huwelijk wel in hunne erfporties worden benadeeld, de nieuwe echtgenoot echter krachtens art. 340 niet; anderzijds echter mag deze laatste niet meer genieten dan een der kinderen, krachtens artt. 236, 237 of 949. Hieruit volgt, dat òf in strijd met art. 340, maar conform de juist genoemde artt. aan den nieuwen

---

1) Rechtbank Amsterdam 3 September 1872 W. 3503.

echtgenoot niet meer mag worden toegekend, dan aan het minst genietend kind, òf wel in strijd met artt. 236 of 237, maar conform art. 340 de nieuwe echtgenoot meer dan een der voorkinderen, dus dan het minst genietend kind, mag ontvangen.

Het is hier inderdaad de vraag, welke dezer beide op zichzelf staande bepalingen men het zwaarst laat wegen. Als middel om aan de moeielijkheid te ontkomen wordt door sommigen voorgesteld aan de aldus erkende natuurlijke kinderen geen erfdeel toe te staan, waardoor noch art. 236 noch art. 340 overtreden zou worden, maar men vergeet dan, dat aldus zonder reden art. 910 geheel buiten toepassing gelaten wordt.

Inderdaad is eene oplossing ondenkbaar, waarbij niet òf de artt. 236 of 237 òf art. 340 òf art. 910 overtreden wordt: men zal dus van meerdere kwaden het minst erge moeten kiezen. Nu acht ik het niet aanbevelenswaardig, door aan de staande het huwelijk erkende kinderen geheel geen erfdeel toe te kennen, de artt. 236 of 237 en 340 weliswaar niet te overtreden, maar art. 910 te passeeren en daarmede de regelen van het erfrecht geheel uit hun verband te rukken.

Dan staat men dus verder voor de keuze, òf artt. 236 of 237 te laten varen en althans aan den nieuwen echtgenoot meer toe te kennen dan aan het minst genietend kind, i. c. een der voorkinderen, òf wel art. 340 terzijde te stellen door aan den nieuwen echtgenoot niet meer toe te kennen dan aan een van hen, doch hem aldus indirect door die erkenning te benadeelen.

Evenwel is hier nog een middenweg denkbaar, veelal

in de praktijk gevolgd en die wellicht de meest logische wijze is om hier den knoop door te hakken, n.l. met behoud van het beginsel van artt. 236, 237 of 949 de beide andere artikels, 340 en 910, beperkt toe te passen, aldus dat aan de staande tweede huwelijk erkende kinderen een erfdeel wordt toegekend, niet berekend naar de geheele nalatenschap, doch slechts naar rato der aandeelen van hen, die niet tegen die erkenning beschermd worden, terwijl daarna aan den nieuwen echtgenoot evenveel wordt toegekend als aan den minst genietende, dus een der voorkinderen.

Tot eene dergelijke conclusie komt o.a. ook VAN LITH DE JEUDE in eenige aan deze kwestie gewijde beschouwingen [1]).

Evenwel zal men bij de practische uitwerking, aan dit beginsel vasthoudend, ook nog een anderen weg op kunnen gaan. Dit zou echter beter kunnen blijken in eene becijfering dan door theoretische bespreking.

Ingeval van eene erkenning staande het eerste huwelijk zal art. 340 ten aanzien van den nieuwen echtgenoot natuurlijk niet toepasselijk zijn, wel echter weder ten aanzien van de kinderen uit het eerste huwelijk. Daar nu de erfdeelen der wettige en erkende natuurlijke kinderen hier toch op dezelfde wijze moeten worden berekend, zal dus ook hetgeen de nieuwe echtgenoot genieten mag weder op dezelfde wijze worden vastgesteld en bedragen hetgeen door het minst genietend kind, i. c. een der kinderen uit het tweede huwelijk, die wel door de erkenning worden geschaad, genoten wordt.

1) C. W. F. C. VAN LITH DE JEUDE, „Eenige berekeningen van tweede huwelijk met enkele opmerkingen naar aanleiding daarvan", in W. P. N.R. 1522 en 1523.

## ZEVENDE HOOFDSTUK.

# Opmerkingen de Jure Constituendo.

---

1. Waar aldus het beginsel der Lex Hac edictali in onze tegenwoordige wetgeving is onderzocht en uitgewerkt, bleek wel overtuigend, dat daarbij talrijke moeieheden uit den weg waren te ruimen. Inderdaad leveren de thans behandelde artikels, wil men ze geheel richtig toepassen, met name krachtens de tegenwoordig in de praktijk heerschende wijze van uitwerking, schier onoverkomelijke bezwaren op, en slechts aan de langzame werking van ons wetgevend vermogen is het toe te schrijven, dat men ze nu reeds bijna drie kwart eeuw onveranderd heeft behouden.

Toch meene men niet, dat er in dien tijd behalve natuurlijk de meeningen door de schrijvers, zoowel de jure constituto als de jure constituendo, over het onderwerp verkondigd, geene in het openbaar uitgesproken stemmen tot wijziging of althans tot verduidelijking zijn opgegaan. Als de meest belangrijke hiervan noem ik er een drietal: het adres der Broederschap van Notarissen aan den Koning van 1851 [1]), het Ontwerp van het Eerste

---

1) Zie inzonderheid Mr. H. J. KOENEN, Praeadvies: Eerste Hoofdstuk no. 1 e. v.

Boek van het herzien Burgerlijk Wetboek van 1886, in zake de gemeenschap bij tweede of verder huwelijk (art. 213), en de bespreking van de noodzakelijke wijzigingen in de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek bij tweede huwelijksgemeenschap, op de Algemeene Vergadering der Broederschap van Candidaat-notarissen in Nederland, den 19den Augustus 1895 te Assen gehouden [1]), ter voorbereiding waarvan de officiëele Praeadviezen van Mrs. N. K. F. LAND en H. J. KOENEN [2]) en de, wil men, officieuse Praeadviezen van Mrs. HAMAKER [3]) en BORRET [4]), alle meermalen reeds aangehaald.

In eene meer uitvoerige bespreking te treden van ieder der wijzen, waarop men de bestaande wetgeving in dezen nader uitgewerkt of veranderd wilde zien, ligt hier niet op mijn weg. Men raadplege daartoe de aangehaalde plaatsen en het naar aanleiding daarvan pro en contra aangevoerde. Slechts enkele opmerkingen wensch ik hierover nog te maken om met het jus constituendum te besluiten.

2. Wat het adres der Broederschap van Notarissen aangaat, omtrent vier punten werd daarbij wetsaanvulling verzocht:

1° Dat, daar het voor eene juiste toepassing van art. 236 onmisbaar is de aanbrengst ten huwelijk van ieder der echtgenooten te kennen, de wet hiervan een bewijs zou vorderen bij openbare akte.

---

1) Zie W. N. R. 1342 en 1343.

2) Beide als bijvoegsel van W. N. R. 1331.

3) W. N. R. 1333—1338.

4) W. N. R. 1336.

Al de hier aangehaalde nos. maken deel uit van den Jaargang 1895.

2° Dat door de wet uitdrukkelijk zou worden uitgemaakt, of naast bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot door huwelijksgemeenschap nogmaals bevoordeeling krachtens uitersten wil mogelijk is, m. a. w. of de artt. 236 en 949 zelfstandig naast elkander staan of wel het laatste als eene aanvulling van het eerste moet worden beschouwd.

3° Dat de wet uitdrukkelijk zou bepalen, dat ook ingeval het tweede of verder huwelijk anders dan door den dood van den hertrouwden echtgenoot ontbonden wordt, er c. q. eene verdeeling zal plaats hebben volgens art. 236 en niet voorloopig bij helfte, waartoe men het woord „geniet" in art. 236, dat tot twijfel kan aanleiding geven, wilde laten vervallen en in dat artikel opnemen, dat de nieuwe echtgenoot bij ontbinding der huwelijksgemeenschap als voordeel daaruit een kindsgedeelte geniet, te vinden door den boedel van den hertrouwde te deelen door het aantal kinderen + 1 (de nieuwe echtgenoot).

4° Dat de wet eene officiëele interpretatie zou geven van het thans in art. 236 voorkomende dubbelzinnige woord boedel, m.a.w. eene beslissing omtrent de kwestie, of het vertrouwd deel van den nieuwen echtgenoot slechts berekend mag worden over de aanbrengst ten huwelijk van den hertrouwde of wel over deze, vermeerderd met de helft der winst of verminderd met de helft van het verlies, ingevolge art. 240. Het adres wenschte eene oplossing gegeven te zien in den laatst aangegeven zin.

Deze vier punten beschouwend, ziet men, dat de drie laatstgemelde, die beoogen bestaande kwesties te doen ophouden, alle reeds boven uitvoerig door mij behandeld zijn, waarbij ik wat het 2e en 4e punt betreft, ongeveer

tot dezelfde conclusies kwam als die, welke het adres van 1851 voor de juiste hield en uitdrukkelijk opgenomen wenschte te zien, doch wat aangaat het 3e punt, de verdeeling c.q. volgens art. 236 ook bij ontbinding des huwelijks vóór het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, de jure constituto het tegenovergestelde gevoelen was toegedaan, hetgeen ik, zooals nog blijken zal, ook de lege ferenda meen te moeten handhaven.

Wat het 1e punt betreft, de vervulling van den daarin uitgesproken wensch zou inderdaad practisch van groot nut zijn geweest. Boven zagen wij reeds, dat bij de vaststelling der wet in 1832 eene der afdeelingen der Kamer bij het aangaan van een tweede huwelijk het opmaken van een inventaris door den tweeden echtgenoot verplichtend gesteld wenschte te zien, maar dat de Regeering daartegen vele bij haar zwaar wegende bedenkingen had [1]), tengevolge waarvan aan deze opmerking geen gevolg werd gegeven.

Toch is een bewijs van de herkomst der goederen voor eene richtige tenuitvoerlegging van het beginsel der Lex Hac edictali naar mijne meening eene onmisbare voorwaarde, waartegen de door de Regeering in 1832 geuite bezwaren al zeer weinig gewicht in de schaal leggen, zoodat het bij behoud van het beginsel wenschelijk zou zijn te bepalen, dat een in algeheele gemeenschap van goederen aangegaan tweede of verder huwelijk niet eerder mag voltrokken worden, vóórdat van de huwelijksaanbrengsten der echtgenooten voldoende gebleken is.

---

1) Voorduin II bl. 415—416.

Het adres van 1851 leidde intusschen, voorzoover bekend, tot geen bevredigend resultaat. Van een officiëel antwoord daarop blijkt niet, van eene poging langs wettelijken weg de voorgelegde kwesties op te lossen, nog veel minder.

Het tijdstip was wellicht door de adressanten ook ongelukkig gekozen: de uitvoering der nieuwe Grondwet vorderde van de wetgevende organen te veel aandacht om zich met herziening van punten van Burgerlijk Recht bezig te houden, en de teleurgestelde notarissen moesten blijven doorgaan, de bij de toepassing van art. 236 e. v. rijzende kwesties naar hun beste weten tot genoegen van partijen op te lossen.

3. De eerste officiëele stap tot wijziging der bestaande wetsbepalingen werd gedaan in art. 213 van het reeds genoemd Ontwerp van 1886, dat den tegenwoordigen Negenden Titel van het Eerste Boek B. W. door eene geheel nieuwe regeling zou vervangen [1]).

De inhoud er van komt hierop neder, dat van rechtswege de huwelijksgemeenschap in tweede of verder huwelijk wordt uitgesloten, maar dat, zoo zij bij huwelijksvoorwaarden niettemin is ingevoerd, en er bij de ontbinding van het huwelijk voorkinderen aanwezig zijn, de nieuwe echtgenoot op geene wijze meer mag bevoordeeld worden dan ten bedrage van een vierde deel van den boedel van den hertrouwde en, is de dood van dezen de oorzaak der ontbinding, dan het minste voorkindsdeel bedraagt; dat de winst echter niet onder het voordeel begrepen wordt,

1) Cf. inzonderheid de Memorie van Toelichting en het daaromtrent door Mr. Koenen opgemerkte in Praeadvies no. 27 e. v.

zoodat dus waarschijnlijk de bedoeling is deze bij helfte te verdeelen; en dat te groote bevoordeeling, zoolang er nog voorkinderen aanwezig zijn, door den hertrouwden echtgenoot, en na diens dood door die voorkinderen zelve van den nieuwen echtgenoot of diens erfgenamen kan worden terug gevorderd, terwijl ten slotte bepaald wordt, dat met voorkinderen hunne afstammelingen bij wijze van plaatsvervanging worden gelijkgesteld.

Verder wensch ik op de regeling van het Ontwerp van 1886 niet in te gaan. Dat zij allerminst het historische beginsel der Lex Hac edictali wedergeeft is evident, terwijl evenmin voor tegenspraak vatbaar is, dat zij, behalve alleen de vraag omtrent het tijdstip van toepassing der bepaling, geene der reeds bestaande kwesties oplost, dus ook practisch niet aanbevelenswaardig is.

Ongewijzigd zal de nieuwe bepaling dan ook waarschijnlijk nimmer aangenomen worden, maar eene eenigzins afdoende wijziging zou zoozeer moeten ingrijpen, dat daarmede de geheele oorspronkelijke bepaling van het Ontwerp vrijwel onherkenbaar zou moeten worden omgewerkt. Maar zelfs eene terhandneming van dit Ontwerp door den wetgever is in de naaste toekomst allerminst te verwachten, zoodat wij er thans dan ook veilig van kunnen afstappen [1]).

4. Wat ten slotte de Vergadering der Broederschap van Candidaat-notarissen van 1895 aangaat: op het voetspoor der reeds vermelde Praeadviezen, ter kennisname van wier belangrijken inhoud ik naar de schrijvers zelve kan verwijzen, werd hier een aantal vooraf opgestelde

1) Cf. hiervoor voorts Koenen t. a. p. no. 27 e. v.

vraagpunten besproken. Deze liepen voornamelijk over het volgende: of het beginsel der Lex Hac edictali in onze wetgeving moet behouden blijven, dan wel geheel of gedeeltelijk, d. w. z. voor bevoordeeling door erfstelling of schenking, of wel door huwelijksgemeenschap, afgeschaft moet worden, en ingeval van behoud voor de laatste, of dan ten aanzien hiervan het Fransche stelsel zal moeten gevolgd worden dan wel dat, hetwelk thans in de praktijk als het ten onzent geldende wordt aangenomen; vervolgens in het laatste geval, of dan het vertrouwd deel moet berekend worden over de huwelijksaanbrengst van den hertrouwde of over diens geheele vermogen, dus de aanbrengst, vermeerderd met de halve winst, of verminderd met het halve verlies; voorts of winst en verlies bij helfte verdeeld moeten worden, dan wel op andere wijze moeten worden genoten of geleden; verder nog, of de waarde der goederen moet bepaald worden naar het tijdstip, waarop zij in de gemeenschap vielen of dat der ontbinding der gemeenschap; en ten slotte of dubbele bevoordeeling, zoo door huwelijksgemeenschap als door testament, behoort te zijn toegelaten. [1])

Na uitvoerige gedachtenwisseling [2]) sprak de Vergade-

1) Cf. W. N. R. 1338.

2) Eigenaardig is het hierbij de lege ferenda ingenomen standpunt van Mr. TREUB (W. N. R. 1342 bl. 488), die de voorkinderen mede van den stiefouder zou willen doen erven, met diens eigen kinderen dus, maar in dezelfde verhouding als art. 904 ten aanzien van broeders en zusters van halven bedde bepaalt. Billijker en nog meer conform de bedoeling alle kinderen hier volkomen gelijk te stellen, ware dan misschien eene bepaling gelijk het vroeger in Drenthe gegolden hebbende éénkindschap, krachtens hetwelk de kinderen uit het tweede bed met die uit het eerste gelijk

ring zich met groote meerderheid van stemmen uit tegen het behoud in de wet van het beperkend beginsel, zoowel wat betreft bevoordeeling bij schenking of testament als die krachtens huwelijksgemeenschap, waarmede natuurlijk de overige kwesties vanzelf kwamen te vervallen. Tevens verklaarde de Vergadering zich eene tegenstandster van het stelsel, aangenomen in het Ontwerp van 1886, door de vraag, of het bij tweede en verder huwelijk wenschelijk zou zijn, alle gemeenschap van goederen uit te sluiten en deze slechts na het maken van huwelijksvoorwaarden te doen intreden, met groote meerderheid ontkennend te beantwoorden.

Wat het bestaande recht betreft, sprak de Vergadering ten slotte als haar gevoelen uit, dat het vertrouwd deel slechts moet berekend worden over den ten huwelijk aangebrachten boedel zonder meer, dat de waardebepaling der goederen moet plaatshebben naar het oogenblik van ontbinding der huwelijksgemeenschap en dat dubbele bevoordeeling, krachtens huwelijksgemeenschap en uitersten wil of schenking, niet geoorloofd is, het gewone stelsel der praktijk dus.

Deze uitspraken, zoo voor jus constituendum als jus constitutum, zijn inderdaad de vermelding waardig, omdat meerdere bekende specialiteiten op het gebied van ons huwelijksvermogens- en erfrecht daartoe medewerkten, en bij eventueele wetsverandering zal het dus niet ondienstig zijn met deze beslissing de lege ferenda rekening te hou-

---

opdeelen in wat de hertrouwde en de nieuwe echtgenoot samen nalieten en wat de voorkinderen reeds van hun overleden ouder geërfd hadden (cf. P. W. 1840 2e ged. Succ. no. 11 en P. W. 193 en 194).

den. Die omtrent het bestaande recht verliest daardoor natuurlijk hare beteekenis, gelijk ik mij reeds met hare berekening van het vertrouwd deel, over de huwelijksaanbrengst zonder meer, blijkens het vroeger betoogde, niet kan vereenigen.

5. Wat echter betreft de wenschelijkheid het beginsel der Lex Hac edictali geheel uit de wet te doen verdwijnen, tot hetzelfde resultaat komt ook Prof. HAMAKER in zijne meermalen geciteerde studie en werkelijk zal men zich voor de toekomst m.i. op dit standpunt hebben te plaatsen.

Zeer terecht wordt door den Hoogleeraar opgemerkt, dat naar onze wet de voorkinderen door de bepalingen omtrent de legitieme portie voldoende beschermd worden, terwijl het voor den nieuwen echtgenoot beperkend beginsel stamt uit een tijd, waarin het wettelijk erfdeel niet of slechts zeer weinig tot ontwikkeling was gekomen. Onbillijk is dan ook de tegenwoordige regeling, waar zij den hertrouwde toelaat aan een vreemde het gansche beschikbaar deel zijner nalatenschap te maken, aan zijn nieuwen echtgenoot daarentegen slechts een kindsgedeelte, of sterker nog, waar zij aan den weduwnaar met kinderen vergunt het een vierde, een derde, ja zelfs de helft van zijn vermogen te schenken of te vermaken aan de vrouw, met wie hij in buitenechtelijken omgang leeft en wier invloed dus, wel verre van dien kinderen ten goede te komen, veeleer den vader grootere of kleinere geldelijke offers zal kosten, waardoor hij en zijne kinderen verarmd worden, en daartegenover aan haar, die zich als tweede moeder der voorkinderen opwerpt en

op de opvoeding van dezen vaak een overwegenden goeden invloed zal oefenen, in dezelfde gevallen niet meer dan een kindsgedeelte of hoogstens een vierde van dat vermogen toestaat.

Het moge dan soms waar zijn, dat de hertrouwde zich door liefde voor de nieuwe echtgenoot zoover zal laten vervoeren, dat hij deze wil bevoordeelen met achterstelling der kinderen, het zal hem dan toch in elk geval moeten vergund worden deze het beschikbaar gedeelte zijner nalatenschap af te staan. Aldus worden de kinderen in geen geval bovenmatig benadeeld. Niet dan in hooge uitzonderingen zou er dus reden zijn den nieuwen echtgenoot bij ieder ander achter te stellen en eene zoo sinistere beschouwing omtrent het tweede huwelijk te koesteren als volgens JORDENS [1]) of V. D. DOES DE BIJE [2]) de aanleiding tot de invoering der Lex Hac edictali zou geweest zijn.

Toch moet hier eene reserve worden gemaakt en wel voor de huwelijksgemeenschap, en te dezen opzichte gaat mij de Vergadering te Assen en Mr. LAND's Praeadvies te ver, waar zij de onbeperkte afschaffing verlangen, want dat de hertrouwde echtgenoot, door het enkel feit van het aangaan van een huwelijk in gemeenschap van goederen, de helft van zijn vermogen, wellicht geheel of grootendeels van zijn eerste echtgenoot afkomstig, op de nieuwe echtgenoot zou doen overgaan, zonder er misschien iets voor terug te ontvangen, is voor de voorkinderen wel wat al te hard.

---

1) JORDENS t. a. p. W. v. h. R. 5434.

2) V. D. DOES DE BIJE t. a. p. bl. 111.

De meest aangewezen weg ter voorziening in dit bezwaar zal nu wel wezen die, door Prof. HAMAKER aangegeven [1]), om ter wille der voorkinderen de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap (de winst of het verlies daaronder niet begrepen) voor dit geval — dus alleen bij een tweede of verder huwelijk — met schenking gelijk te stellen, met eene gift derhalve, aan de bepalingen der legitieme portie onderworpen, waarbij dan weder, door eene massa van des hertrouwden vermogen op te zetten, d. w. z. door zich zijn vermogen voor te stellen, alsof hij niet hertrouwd ware, kan geconstateerd worden, hoe groot de legitieme portie van zijne kinderen is, die dus niet aangetast mag worden door de bevoordeeling door huwelijksgemeenschap van den nieuwen echtgenoot, al of niet in verband met andere schenkingen of met uiterste wilsbeschikkingen, aan wien ook. Voor meerder bescherming der voorkinderen dan tot het bedrag der legitieme portie bestaat echter weder geene aanleiding.

6. Mocht men intusschen niet zoover willen gaan en de bepaling in de wet wenschen te behouden, dan zal men naar mijne meening moeten breken met het thans ten onzent veelal gevolgde stelsel en verdient integendeel het stelsel, door Prof. HAMAKER verdedigd, dat ook ik meen reeds thans voor onze wet te mogen aannemen en dat met het oorspronkelijk beginsel de meeste analogie vertoont, verre de voorkeur, eerstens daar het blijft in de historische lijn, gelijk die zich, uit het Romeinsche recht voortgekomen, in Frankrijk verder ontwikkeld heeft en

---

1) Prof. HAMAKER t. a. p. W. N. R. 1338.

vandaar uit met de invoering van ons nationaal Wetboek eigenlijk onveranderd had moeten worden gevolgd, en in de tweede plaats, daar het in de toepassing veel eenvoudiger is en vele kwesties afsnijdt, die bij het andere stelsel ter beslissing overblijven. Een opnemen daarvan met zoovele woorden in de wet zou dus zeer gewenscht zijn. Niet dat de berekening van het kindsgedeelte nog niet eenige moeielijkheid blijft opleveren en soms tamelijk ingewikkeld is, maar op vele vragen, die evenzoovele twistappels hebben opgeleverd, spruit de beslissing uit het stelsel van zelf voort.

Het boven door mij voor onze geldende wet ontwikkelde stelsel gaf bij de oplossing van vele vragen den doorslag, maar voor het Fransche geldt dit in nog sterker mate, voorzoover men met de Fransche schrijvers hier het leerstuk der legitieme portie wil gaan toepassen.

Boven kwam ik hiertegen op als onhistorisch en zonder uitdrukkelijke bepaling der wet ongeoorloofd, eene ongemotiveerde verwarring van twee leerstukken.

Iets anders zou het worden, waar de wet hieromtrent eene uitdrukkelijke bepaling opnam en voorschreef, dat elke bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot, ook die door huwelijksgemeenschap, als eene gewone schenking wordt beschouwd, naast de inkorting tot aanvulling der legitieme portie echter mede onderhevig aan eene aan dezelfde regeling onderworpen inkorting, ter wille der Lex Hac edictali, zoo zij de door deze gestelde maat te boven gaat.

Hieraan zou dan dus moeten worden toegevoegd, dat zoolang als op deze inkorting geen beroep wordt gedaan,

zulke bevoordeelingen volkomen geldig en onaantastbaar zijn, terwijl van de inkorting en dus van een constateeren, of de aan de bevoordeeling gestelde maat overschreden wordt, eerst sprake kan zijn op vordering der voorkinderen bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, op welk tijdstip het eindresultaat in beschouwing moet worden genomen.

Aldus werd het beginsel reeds in de oorspronkelijke bepaling in de 22ᵉ Novelle opgevat. De provisioneele toepassing bij eerdere ontbinding der huwelijksgemeenschap en c.q. daaruit voortvloeiende latere herrekening zouden dan dus uitdrukkelijk komen te vervallen en bij elke zoodanige ontbinding der gemeenschap zou dus de gewone regel van verdeeling bij helfte gelden, behoudens bij het overlijden van den hertrouwden echtgenoot het beroep der voorkinderen alleen te hunnen behoeve [1]) — want dit is het zuivere beginsel — op de inkorting. En vreest men, dat dit beroep door de bij vroegere ontbinding der huwelijksgemeenschap plaatsgehad hebbende verdeeling bij helfte veelal illusoir zou worden gemaakt, laat dan de wet, gelijk ook Prof. HAMAKER aanraadt, voorbehoedmiddelen voorschrijven naar analogie b.v. van die, ten aanzien van vermoedelijke erfgenamen van een afwezige: art. 528 e. v. B. W., of wel van fideïcommissaire erfgenamen: art. 1025 e. v. B. W., of hoe dan ook, gelijk haar het beste dunkt.

7. Aldus zou, met behoud der bepaling, een groote

---

1) Cf. Prof. HAMAKER in W. N. R. 1336 bl. 396.

Het niet ingekort gedeelte ontvangen de kinderen van den nieuwen echtgenoot later uit diens nalatenschap.

stap vooruit worden gedaan ter vereenvoudiging van ingewikkelde vermogensrechtelijke betrekkingen en het oude beginsel weder in eere worden hersteld, en zou daaraan de juiste waarde worden toegekend, door het niet dieper in de bestaande en inheemsche rechtsbegrippen te laten ingrijpen dan ter bereiking van het doel, waaraan het zijn ontstaan dankt, noodig is. Hoe eenvoudiger het recht ook op dit punt is, hoe meer rechtzoekenden en rechtsprekenden daarmede gebaat zullen zijn, in tegenstelling met het tegenwoordige stelsel der praktijk, voor den leek veelal onbegrijpelijk, voor rechter, notaris of belasting-administratie vaak moeielijk, voor den wetswijziger verwerpelijk.

Veel zou dus reeds gewonnen zijn, indien men althans de slotwoorden van Caput 28 der 22e Novelle meer voor oogen hield, wat, gelijk ik in deze verhandeling trachtte aan te toonen, ook in de tegenwoordige wet ligt opgesloten. Gaat men echter eenmaal tot wetswijziging over, zonder met de boven aangegeven uitbreiding van het leerstuk der legitieme portie tot bevoordeeling door huwelijksgemeenschap in tweede of verder huwelijk het beginsel der Lex Hac edictali geheel uit de wet te doen verdwijnen, dan zal men met eene uitdrukkelijke invoering van het Fransche stelsel ook ten onzent, of zoo ook dit nog te ver gaat, met eene duidelijke opneming van het boven door mij voor onze wet verdedigde stelsel m. i. het meest zijn gebaat.

---

## ACHTSTE HOOFDSTUK.

# Practische Toepassingen.

---

1. Na het beginsel der Lex Hac edictali in zijne wording, ontwikkeling en beteekenis te hebben nagegaan en zijne toepassing in ons Burgerlijk Wetboek in theorie te hebben uiteengezet, acht ik het niet ondienstig de zaak ook van hare practisch toegepaste zijde te bezien en deze aan het boven behandelde te toetsen, vooral ook om hierbij in het licht te stellen het belangrijk verschil in de uitwerking tusschen het thans in de praktijk heerschend stelsel en dat, hetwelk ik meen, dat ook voor onze wet moet worden aangenomen, waarmede ik inzonderheid bedoel de afwijkende opvatting van het woord „boedel" aan het slot van art. 236, in verband met de berekening van het z. g. n. vertrouwd deel over het bedrag van de aanbrengst in het opvolgend huwelijk, inplaats van over deze, vermeerderd met het bedrag der halve winst of verminderd met dat van het halve verlies. Inderdaad heeft bij eene consequente doorvoering het eerste stelsel groote moeielijkheden ten gevolge. Wat het overige van dit stelsel aangaat, uit het voorgaande is reeds gebleken, dat dit, uitgenomen het tijdstip van toepassing van art. 236 en voorts enkele ondergeschikte punten, waarop

ik boven reeds wees, naar mijne meening juist is, en met den geest van het beginsel volkomen in overeenstemming.

De beginselen, waarvan de beide stelsels uitgaan, zullen naar mijne meening het best in het licht worden gesteld door eenige meer samengestelde boedelberekeningen, die ik hierachter wensch te doen volgen. Ten einde echter het stelsel der praktijk met het oog op de toepassing beter te kunnen overzien, wensch ik vooraf de hoofdregels daarvan in het kort te resumeeren met vermelding tevens van de beslissingen, waarop deze rusten.

2. Het volgende toch mag op deze wijze als vaststaande worden aangemerkt:

Dat de verdeeling der huwelijksgemeenschap krachtens art. 236 zoo noodig ook reeds moet plaatshebben, als het huwelijk ontbonden wordt vóór het overlijden van den hertrouwden echtgenoot: Hof Gelderland 10 Mei 1848 [1]), H. R. 23 Maart 1849 W. 1010; cf. P. W. 4503;

Dat art. 236 slaat op de aanbrengst ten tweeden huwelijk, niet ook op de halve winst, alleen dus op wat bij en door het aangaan van het tweede huwelijk vermengd wordt: H. R. 10 Juni 1864 W. 2595, bev. rechtbank 's-Gravenhage 30 Juni 1863 P. W. 4503; voorts Hof 's-Hertogenbosch 10 September 1878 W. 4305, Hof Arnhem 18 Juni 1884 W. 5108, rechtbank Leeuwarden 27 Augustus 1884 W. 5132 en Hof 's-Hertogenbosch 23 Februari 1886 W. 5464; P. W. 1173, 2169, 5019, 5345, inhoudend het advies der Landsadvocaten van 15 Maart 1868 no. 356 Fo. 3, dat

---

1) Zie HERTZVELD, „Onuitgegeven Burgerlijke Rechtspraak van het Hof in Gelderland" bl. 58.

zich aansluit bij het zooeven vermeld arrest van den H. R.; voorts P. W. 5520, 5776 en 8640.

Deze beide uitspraken acht ik dus blijkens het boven aangevoerde voor onze wet onjuist;

Dat de beperking van art. 236 niet alleen betreft de aangebrachte, maar ook de staande huwelijk verkregen goederen: rechtbank Zwolle 12 Januari 1887, vern. kantongerecht Zwolle 4 Februari 1887, W. 5430; P. W. 5014;

Dat ingeval van toepassing van art. 236 de waarde der goederen moet genomen worden, zooals die was op het oogenblik van de ontbinding der huwelijksgemeenschap, of wel van den dood van den hertrouwden echtgenoot [1]), niet van het aangaan der huwelijksgemeenschap: rechtbank Amsterdam 24 Maart 1875 R. B. 1875 Afd. A bl. 114, idem Sneek 26 Januari 1877 W. 4092, die aannamen het tijdstip van overlijden van den hertrouwde, terwijl dat der ontbinding van de huwelijksgemeenschap op den voorgrond werd gesteld door: rechtbank Rotterdam 21 Februari 1881 W. 4621, idem 's-Gravenhage 23 December 1881 W. 4750, Hof Arnhem 18 Juni 1884 W. 5108 (hierbij werd tevens beslist, dat, wanneer goederen vóór de ontbinding zijn verkocht, de koopprijs daarvoor

---

1) Naar mijne meening moeten in verband met het boven betoogde beide tijdstippen onderscheiden worden en zal des hertrouwden overlijden slechts als uitgangspunt der waardebepaling worden aangenomen, waar het de vaststelling der krachtens art. 236 geoorloofde maat betreft.

Daarentegen zal, waar men nagaat, hoeveel voordeel de nieuwe echtgenoot door eene verdeeling bij helfte genoten heeft of zou genieten, als uitgangspunt moeten worden aangenomen het tijdstip der ontbinding van de huwelijksgemeenschap, welke tot die verdeeling aanleiding gaf.

Cf. Vierde Hoofdstuk nos. 6, 11, 13, en 18 e. v.

in de plaats treedt), Hof 's-Hertogenbosch 23 Februari 1886 W. 5464 (zeer duidelijk dit beginsel uitsprekend); P. W. 5520 en 6414, het laatste bevattend het advies der Landsadvocaten van 19 Maart 1873 no. 730 Fo. 5, dat zich beroept op de analogie met de bepalingen der gemeenschap van winst en verlies, evenals het in gelijken zin uitgesproken arrest Hof Noord-Holland 10 October 1867 W. 3015, bev. rechtbank Haarlem 31 October 1865; cf. P. W. 5439.

Ten aanzien van het Fransche recht werd hetzelfde aangenomen door rechtbank Rotterdam 25 October 1854 W. 1601 [1]);

3. Dat uit geschiedenis en woorden der wet en het onafscheidelijk verband tusschen de artt. 236 e. v. en 949 B. W. blijkt, dat de nieuwe echtgenoot uit geenen hoofde van de zijde van den hertrouwden meer mag bevoordeeld worden dan een kindsgedeelte of hoogstens een vierde deel van diens boedel en geene dubbele bevoordeeling krachtens huwelijksgemeenschap en testament mag plaatshebben, zoodanig dat, wanneer ten gevolge van huwelijksgemeenschap reeds eenig voordeel is verkregen, het bedrag daarvan moet worden afgetrokken van het voordeel, dat den nieuwen echtgenoot anders had kunnen worden toegekend, als hebbende de gemelde artikels alleen ten doel te beletten, dat de nieuwe echtgenoot ooit meer dan een kindsdeel of hoogstens een vierde uit de goederen van den hertrouwde geniet: rechtbank Amsterdam 13 November 1860 W. 2232, P. W. 3681, besch. H. R. 24 Juni 1881

1) Anders echter rechtbank Leeuwarden 30 September 1868 N. N. VIII 58.

Rechtsg. Jaarb. dl. 128 § 33 (bev. rechtbank 's-Gravenhage 29 April 1881 W. N. R. 627), rechtbank Rotterdam 21 Februari 1881 W. 4621, idem 's-Gravenhage 23 December 1881 W. 4750; hetzelfde implicite rechtbank Arnhem 6 December 1877 W. 4206 en Hof Arnhem 18 Juni 1884 W. 5108; voorts P. W. 5345 [1]) (inhoudend het reeds bovenvermeld advies der Landsadvocaten van 15 Maart 1868 no. 356 Fo. 3), 5535 (beslissend, dat de nieuwe echtgenoot, die krachtens het testament van den hertrouwde van dezen slechts erft een bedrag, gelijkstaande met een vierde deel der halve winst, toch het volle een vierde gedeelte van diens begrafeniskosten moet dragen), 7817 (waarbij werd uitgemaakt, dat ingeval van verlies, door de tweede huwelijksgemeenschap geleden, de nieuwe echtgenoot krachtens het testament van den hertrouwde niet nog behoeft te dragen een kindsgedeelte of vierde deel in de wederhelft van dat verlies, daar eene solvente nalatenschap gelijk in casu, aan een erfgenaam geen nadeel kan veroorzaken), 8189 (intrekkend 6637), 8640 en 8776.

Inzonderheid de laatstgenoemde nummers zijn als kenbron van de door het Bestuur der Registratie thans gehuldigde leer belangrijk: Bij 6637 toch had dit zich nedergelegd bij de uitspraak der Landsadvocaten van 15 September 1874 no. 827 Fo. 20, bevestigd door de nadere uitspraak van 5 October 1874 no. 832 Fo. 21, dat ingeval eene tweede huwelijksgemeenschap, zoo er geene termen aanwezig zijn voor de toepassing van art. 236, krachtens den algemeenen regel van art. 235 bij helfte verdeeld

1) Cf. ook P. W. 4504.

moet worden, de nieuwe echtgenoot uit het testament van den hertrouwde nu nog kan genieten hoogstens een vierde gedeelte in de wederhelft krachtens art. 949, zonder dat hier op het verbod der dubbele bevoordeeling gelet behoeft te worden, omdat hier niet art. 236 geldt, maar art. 235. Aldus zou men volgens hen niet in strijd komen met het bij P. W. 5345 vermeld advies van 1868 noch met het bij P. W. 3681 vermeld vonnis der rechtbank te Amsterdam.

Bij deze beide onjuiste adviezen van 1874 werd echter uit het oog verloren, dat ook al moet de huwelijksgemeenschap bij helfte worden verdeeld, toch steeds het in artt. 236 e. v. en 949 nedergelegd beginsel in verband met het eindresultaat der bevoordeeling moet worden in het oog gehouden. Het Bestuur zag dit blijkens P. W. 8189 dan ook juist in, waar het met intrekking van P. W. 6637 bepaalde, dat ingeval van verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte, de nieuwe echtgenoot uit het testament van den hertrouwde nog zal mogen genieten als maximum het verschil tusschen het bedrag van de helft der huwelijksgemeenschap eenerzijds, en dat van de aanbrengst ten huwelijk van den nieuwen echtgenoot, *vermeerderd* met de helft der winst, een kindsgedeelte (of hoogstens een vierde) van het bedrag van de aanbrengst ten huwelijk van den hertrouwden echtgenoot en een kindsgedeelte (of hoogstens een vierde) van de wederhelft der winst, en *verminderd* met een kindsgedeelte (of hoogstens een vierde) der begrafeniskosten van den hertrouwde, anderzijds [1]).

1) Opmerking verdient, dat slechts in P. W. 2169 eene dergelijke beslissing wordt gegeven.

P. W. 8776 bepaalt bovendien, dat bevoordeeling bij testament tevens nooit meer zal mogen bedragen dan een kindsgedeelte of hoogstens een vierde der nalatenschap van den hertrouwde, dus der halve gemeenschap, wegens art. 949, eene dubbele limiet derhalve.

Eindelijk bepaalt P. W. 8640, dat ingeval eene tweede huwelijksgemeenschap, die bij helfte verdeeld moet worden, verlies blijkt te hebben opgeleverd, de nieuwe echtgenoot uit het testament van den hertrouwden hoogstens nog mag genieten naast het maximum van een kindsdeel of een vierde deel van het bedrag der halve huwelijksgemeenschap het verschil tusschen dat bedrag der halve huwelijksgemeenschap eenerzijds, en de som van de waarde van de huwelijksaanbrengst van den nieuwen echtgenoot en een kinds gedeelte of een vierde deel van de waarde van die van den hertrouwden echtgenoot, verminderd met het halve bedrag van het verlies en het kindsgedeelte of een vierde deel van de wederhelft van dat verlies, anderzijds, en dat men door ook den laatsten factor af te trekken, niet in strijd komt met het zooeven vermeld P. W. 7817, dat een ander geval behandelt, omdat in P. W. 8640 de erfstelling wel voordeel verschaft, zoodat ook dat aandeel in de wederhelft van het verlies behoort te worden afgetrokken;

4. Dat de bepaling van art. 240 algemeen geldt en niet alleen bij gemeenschap van winst en verlies: rechtbank Leeuwarden 27 Augustus 1884 W. 5132, Hof 's-Hertogenbosch 10 September 1878 W. 4305 en 23 Februari 1886 W. 5464; cf. rechtbank Amsterdam 24 Maart 1875 R. B. 1875 Afd. A. bl. 114 en rechtbank Sneek 26 Januari 1877 W. 4092;

Dat, als niet kan bewezen worden de aanbrengst ten tweeden huwelijk of tot hoeveel het voordeel van den nieuwen echtgenoot moet ingekort worden, zoodat de rechter het geoorloofd kindsdeel niet kan bepalen noch constateeren, dat er bovenmatige bevoordeeling is, er dan geene actie tot inkorting te pas komt, dus de tweede huwelijksgemeenschap bij helfte moet worden verdeeld: rechtbank Arnhem 8 Januari 1857, bev. door Hof Arnhem 9 December 1857 [1]), en P. W. 6092 [2]);

Dat art. 949 niet geldt, als de voorkinderen verwerpen: P. W. 4583;

Dat aan den nieuwen echtgenoot door den hertrouwde slechts mag gemaakt worden het vruchtgebruik van een kindsgedeelte van diens nalatenschap en niet van het beschikbaar gedeelte: P. W. 6651, aldus afwijkend van rechtbank Amsterdam 29 Maart 1864 W. 2593, P. W. 4518 en wijzigend P. W. 401, 4381, 4721, 5633, 6183 en 6262, die alle aan den nieuwen echtgenoot toestaan het vruchtgebruik van het beschikbaar gedeelte der nalatenschap, sommige zelfs nog meer [3]);

Dat ook in art. 237 wordt bedoeld een kindsgedeelte

---

1) HERTZVELD, „Onuitgegeven Burgerlijke Rechtspraak van het Hof in Gelderland" bl. 85.

2) Cf. P. W. 2518.

3) Zoo P. W. 4721, dat hier een vruchtgebruik toeliet der geheele nalatenschap, daar het de geheele bepaling gelijkstelde met eene inkorting ter aanvulling der legitieme portie, zich hier ook beriep op art. 965 en dus, zoolang van geene inkorting bleek, de beschikking geheel wilde uitvoeren.

Boven werd deze argumentatie door mij weerlegd.

Zie in dit verband ook rechtbank Leeuwarden 24 October 1901 W. P. N. R. 1691 en het naar aanleiding daarvan opgemerkte: Vijfde Hoofdstuk no. 12 in fine, Noot 2 op bl. 237—238.

of hoogstens een vierde van het bedrag van de aanbrengst ten huwelijk van den hertrouwden echtgenoot, conform art. 236, dus niet vermeerderd met de wederhelft der winst, conform art. 949: P. W. 8777;

Dat voor de samenstelling der massa's ingevolge art. 236 fideïcommissaire en in vruchtgebruik bezeten zaken niet in aanmerking komen: P. W. 8955;

Dat, ook al geniet de nieuwe echtgenoot krachtens art. 949 slechts een vierde deel der halve winst, dus minder dan een kwart der nalatenschap, hij toch het volle vierde deel der begrafeniskosten moet dragen: P. W. 5535, 8189.

Eene juiste oplossing voor het geval van samengaan der gecontinueerde gemeenschap van art. 182 met de tweede huwelijksgemeenschap vindt men in P. W. 5863.

Het beginsel der vergoedingen eindelijk wordt erkend in P. W. 9437, waar tevens bepaald wordt, dat ten aanzien der vraag, of het recht op eene periodieke uitkeering en dergelijke al of niet in de huwelijksgemeenschap valt, de meening van partijen zal geëerbiedigd worden.

5. Ten slotte kunnen volledigheidshalve nog de volgende beslissingen worden vermeld van zuiver fiscaal belang:

Dat voor de heffing van scheidings- en successierecht de fiscus slechts dan met de bepaling van art. 236 rekening behoort te houden, wanneer partijen zich daarop beroepen hebben, eerder niet: P. W. 3335, 6415, 9009 [1]), eene m. i. zeer juiste beslissing;

---

1) Hier wordt overal, ten aanzien van den fiscus althans, uitgesproken: geene werking van het beginsel ipso jure, in P. W. 9009 weder door het misplaatst beroep op artt. 967 of 976. (Zie onder blz. 274).

Dat ingeval eene tweede huwelijksgemeenschap krachtens art. 236 wordt verdeeld, voor de heffing van overgangsrecht op effecten, behoorende tot de nalatenschap van den overleden echtgenoot, de tot die nalatenschap behoorende effecten moeten geacht worden in dezelfde verhouding te staan tot het totaal der in de huwelijksgemeenschap aanwezige effecten, als het aandeel van dien echtgenoot in de baten der huwelijksgemeenschap tot het totáal der daartoe behoorende baten: P. W. 5360, 5546, 6429, 9218;

Dat er bij eene verdeeling der huwelijksgemeenschap krachtens art. 236 van geene overbedeeling en dus ook van geene heffing van recht op overbedeeling sprake is, indien aan den nieuwen echtgenoot de helft der schulden van de huwelijksgemeenschap wordt toebedeeld, mits hij als zuiver saldo niet meer ontvangt dan het geoorloofd maximum: P. W. 4812, inhoudende rechtbank Zwolle 7 September 1865, wijzigend P. W. 3661 [1]). Gelijk P. W. 4812 ook P. W. 4924, maar anders wederom, n.l. dat de nieuwe echtgenoot dan slechts mag ontvangen een vierde in het onroerend goed der gemeenschap en der daarop rustende hypothecaire schuld: P. W. 8259. Zie in dit verband ook rechtbank Amsterdam 15 September 1892 W. 6384 en P. W. 8401. Door de afschaffing van het

---

Cf. voor de toepassing van het Fransche recht eene zeer duidelijke uitspraak in dezen zin in P. W. 6160, inhoudend een vonnis der voormalige rechtbank te Hoorn van 21 Februari 1872.

1) Hierin vindt men vermeld de zeer juiste uitspraak in eene Successie-memorie, dat de nieuwe echtgenoot krachtens art. 235 is eigenaar van de helft behoudens de actie tot inkorting der voorkinderen.

overgangsrecht op overbedeelingen hebben de juist gemelde beslissingen echter veel van hun actueel belang verloren.

Eene aardige toepassing van art. 45 der Successiewet eindelijk bevatten P. W. 8485 en 8570. In het eerste geval had na het overlijden van den hertrouwden echtgenoot, gehuwd geweest in algeheele gemeenschap van goederen, waarin echter geene winst was gemaakt, de nieuwe echtgenoote, de vrouw, aan wie door den hertrouwde het beschikbaar gedeelte van diens nalatenschap was vermaakt, afstand gedaan van de huwelijksgemeenschap (dus behalve van de waarde van het door haar ten huwelijk aangebrachte, hier nihil, van het vertrouwd deel of een vierde deel van de huwelijksaanbrengst van den hertrouwden man) en had tevens om nu ook niet het beschikbaar gedeelte der nalatenschap te genieten, waartegen na den afstand geen bezwaar bestond, die nalatenschap verworpen. Beslist werd nu, dat daar het gansche bedrag der huwelijksgemeenschap aan de kinderen van den hertrouwden echtgenoot kwam, over alles 1 $^0/_0$ zou worden geheven, want had de vrouw geen afstand gedaan, dan ware over een kwart geen successierecht geheven, zoodat art. 45 hier niet gold, wijl er geene fraude aanwezig was.

In het geval, behandeld door P. W. 8570, had de nieuwe echtgenoote, wie weder door den hertrouwde het beschikbaar deel was gemaakt, na diens overlijden afstand gedaan van de tweede huwelijksgemeenschap, die bij helfte moest worden verdeeld, en de nalatenschap van den hertrouwde verworpen. Daar het tweede huwelijk kinderloos was gebleven, wilde de ontvanger nu heffen als successierecht

over een vierde deel der halve huwelijksgemeenschap 4 $^0/_0$ en over de rest of $\frac{7}{8}$ dier huwelijksgemeenschap, die toch aan de voorkinderen zou gekomen zijn, 1 $^0/_0$ en niet over het geheele bedrag der huwelijksgemeenschap slechts 1 $^0/_0$. Maar daar zonder dien afstand en verwerping zou zijn geheven over een vierde deel der halve huwelijksgemeenschap 4 $^0/_0$ en over $\frac{3}{4}$ dier halve huwelijksgemeenschap 1 $^0/_0$ en dit te zamen nog minder was dan 1 $^0/_0$ over het totaal der huwelijksgemeenschap, werd beslist, dat er weder door afstand en verwerping geene fraude was gepleegd en over het totaal der huwelijksgemeenschap 1 $^0/_0$ moest worden geheven.

6. Tot slot moge dan nu nog de uitwerking van enkele vraagstukken het boven behandelde practisch verwezenlijken.

Het meest in aanmerking komen wel die, welke in de laatste jaren werden opgegeven door de Commissie, belast met het afnemen van het Notariëel-examen, die het hier behandelde leerstuk van zooveel gewicht schijnt te achten, dat zij in den laatsten tijd bijna ieder jaar een vraagstuk ter oplossing pleegt voor te leggen, waarin eene of meer der boven behandelde vragen liggen opgesloten: ik herinner slechts aan de jaren 1896, 1898, 1900 en 1901.

Van elk der in die jaren omtrent dit onderwerp opgegeven vraagstukken moge hier de uitwerking volgen, opdat aldus het door mij verdedigde stelsel en dat der praktijk tegenover elkander in het licht worden gesteld.

1896.

A, weduwnaar met één kind C, hertrouwde in 1870 met de jonge dochter B, zonder huwelijksvoorwaarden.

Uit dit huwelijk zijn geboren vier kinderen D, E, F en G.

Bij het aangaan van het 2de huwelijk bezat A een stuk weiland, toen waard f 4000.—, doch staande huwelijk in verschillende perceelen voor bouwterrein verkocht voor f 23000.—.

Hij was schuldig aan X wegens geleend geld f 4000.—, waarvoor gemeld stuk weiland hypothecair was verbonden.

In 1880 ontving hij een legaat van f 4000.—.

B bezat bij het aangaan van haar huwelijk f 4000.— in contanten.

A overleed op 1 Januari 1896, na bij testament de volgende beschikking te hebben gemaakt:

„Ik benoem tot mijne erfgenamen voor ¼ gedeelte mijne echtgenoote B, hare moeder R en mijne zuster Q gezamenlijk."

Bij A's overlijden bestaat de gemeenschappelijke boedel uit:

Actief:

| | | |
|---|---|---|
| 1°. Effecten, waard . . . . . . . . . | f | 9000.— |
| 2°. Lichamelijke roerende goederen, waard | „ | 6000.— |
| 3°. Een onroerend goed te 's-Gravenhage, in 1878 door A aangekocht voor f 6000.—, nu waard . . . . . . . . . . . . . | „ | 12000.— |
| Samen | f | 27000.— |

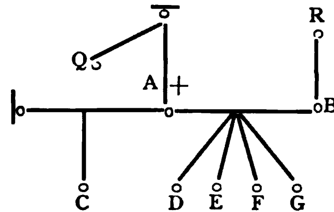
De schuld aan X is in 1895 uit de gemeenschap betaald.

De nalatenschap van A bestaat alleen uit diens aandeel in de gemeenschap.

Zij, noch de gemeenschap zijn met schulden bezwaard.

De kinderen van A en de benoemde erfgenamen zijn in leven.

Ieder vordert hetgeen, waarop hij recht heeft.




Huwelijksgemeenschap = f 27000.—

Ingeval van verdeeling bij helfte: Nalatenschap A = f 13500.—
B = „ 13500 —

Dit laatste is te veel, want in verband met art. 236:

| | | | |
|---|---|---|---|
| Aanbrengst A | | f 23000.— | (bouwterrein) |
| | | „ 4000.— | (legaat) |
| | | f 27000.— | |
| | af | „ 4000.— | (schuld aan X) |
| | | f 23000.— | |
| Aanbrengst B | | „ 4000.— | (contanten) |
| Totaal der aanbrengsten | | f 27000.— | |
| Winst of verlies | | — | |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Aanbrengst A . . . | f 23000.— | B f 4000.— | (= aanbrengst) |
| af $\frac{3}{23}$ = vertrouwd deel B | „ 3000.— | „ 3000.— | (= vertrouwd deel) |
| Nalatenschap A . = | f 20000.— | f 7000.— | |
| C, D, E, F, G, elk $\frac{3}{20}$ = | „ 3000.— | | |

Q f 5000. — (R niets, daar hij tusschenbeide komend persoon is).

Opmerkingen.

Daar hier winst noch verlies is, wordt het vertrouwd deel slechts berekend over het bedrag van A's aanbrengst en is hier dus van geene afwijking der beide stelsels sprake.

De waardevermeerdering van het door A aangebracht

stuk weiland komt slechts diens aanbrengst ten goede. De schuld aan X komt in mindering van die aanbrengst.

B geniet als vertrouwd deel uit A's aanbrengst evenveel als elk van A's kinderen uit de nalatenschap, die hier alleen uit het restant van de aanbrengst bestaat.

B mag, waar zij krachtens de huwelijksgemeenschap reeds tot de geoorloofde grens is bevoordeeld, niets meer uit A's testament genieten, zoodat de erfstelling nu aanwast bij Q.

---

7. 1898.

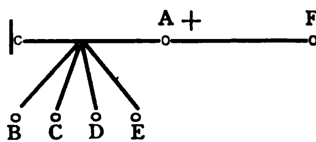
A heeft vier kinderen B, C, D en E.

Hij hertrouwt zonder huwelijksvoorwaarden gemaakt te hebben met F.

Hij brengt ten huwelijk aan f 19000.— en F f 5000.—.

Bij testament stelt hij B in de legitieme portie.

Bij zijn overlijden bedraagt de gemeenschap f 20000.—. Hoeveel krijgt ieder?




Huwelijksgemeenschap = f 20000.—

Ingeval van verdeeling bij helfte:

Nalatenschap A = f 10000.—

F = „ 10000.—

Dit laatste is te veel, want in verband met art. 236:

| | |
|---|---|
| Aanbrengst A . . . | f 19000.— |
| „ F . . . | „ 5000.— |
| Totaal . . | f 24000.— |
| Gemeenschap bij A's overlijden . . . | „ 20000.— |
| Verlies . . | f 4000.— |

Naar mijne meening nu:

| | | | |
|---|---|---|---|
| Aanbrengst A | f 19000.— | F | f 5000.— |
| af $\frac{1}{2}$ verlies | „ 2000.— | af $\frac{1}{2}$ verlies | „ 2000.— |
| | f 17000.— | | f 3000.— |
| vertrouwd deel F $\frac{3}{19}$ = | „ 2684.21 | vertrouwd deel | „ 2684.21 |
| Nalatenschap A = | f 14315.79 | | f 5684.21 |
| B $\frac{3}{16}$ = | „ 2684 21 | | |
| C, D, E, elk $\frac{13}{48}$ = | „ 3877.19$^{5}$. | | |

Naar het stelsel der praktijk echter:

| | | | |
|---|---|---|---|
| Aanbrengst A | f 19000.— | | |
| vertrouwd deel F $\frac{3}{19}$ = | „ 3000.— | | |
| | f 16000.— | | |
| $\frac{1}{2}$ verlies | „ 2000.— | | |
| Nalatenschap A = | f 14000.— | F f 5000.— | (= aanbrengst) |
| B $\frac{3}{16}$ = | „ 2625.— | „ 2000.— | (= $\frac{1}{2}$ verlies) |
| C, D, E, elk $\frac{13}{48}$ = | „ 3791.66$^{5}$ | f 3000.— | |
| | | „ 3000.— | (= vertrouwd deel) |
| | Totaal | f 6000.—. | |

Opmerkingen.

Op de eerste wijze wordt het vertrouwd deel van F berekend over A's aanbrengst, verminderd met de helft van het verlies. Het is dan even groot als het aandeel van den legitimaris, het voorkind B..

Naar het stelsel der praktijk echter, dat hier ongetwijfeld bedoeld is, wat wellicht reeds uit de „mooie getallen" valt op te maken, wordt het vertrouwd deel van F alleen berekend uit A's aanbrengst, dus niet verminderd met de helft van het verlies. Het is dan oogenschijnlijk wel grooter dan het aandeel van B, maar in werkelijkheid

niet, daar B ook draagt $\frac{3}{16}$ in $\frac{1}{2}$ verlies = f 375.—, hetgeen juist weder het verschil uitmaakt.

Ware hier ook eene erfstelling ten behoeve van F gemaakt geweest, dan had naar de eerste wijze van uitwerking F daaruit niet meer kunnen genieten, maar omgekeerd krachtens de methode der praktijk dan ook niet behoeven te dragen $\frac{3}{16}$ in A's helft van het verlies, daar eene solvente nalatenschap, gelijk die van A, aan een erfgenaam geen nadeel kan opleveren: P. W. 7817 boven behandeld.

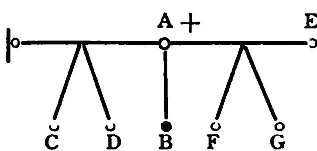
---

8. 1900.

A heeft een natuurlijk erkend kind B en twee wettige kinderen C en D. Hij hertrouwt in 1892 in algeheele gemeenschap met E, uit welk huwelijk 2 kinderen, F en G, geboren worden.

Hij heeft in 1890 aan B f 5000.— en in 1891 aan C f 15000.— geschonken. Ten tweede huwelijk werd aangebracht: door A f 37000.— en door E f 3000.—.

Bij A's overlijden in 1900 is de gemeenschap f 50000.—.




Huwelijksgemeenschap = f 50000.—

Ingeval van verdeeling bij helfte:

Nalatenschap A = f 25000.—

B = „ 25000.—

Dit is te veel, want in verband met art. 236:

f 50000.— (gemeenschap bij ontbinding)
„ 40000.— (som der aanbrengsten)
f 10000.— (winst)

Naar mijne meening nu:

| A's massa of fictieve nalatenschap | | E's massa | |
|---|---|---|---|
| aanbrengst | f 37000.— | aanbrengst | f 3000.— |
| ½ winst | „ 5000.— | ½ winst | „ 5000.— |
| schenking B | „ 5000.— | vertrouwd deel | „ 10966.66[5] |
| | f 47000.— | (zie onder) | f 18966.66[5] |

+ erfdeel C

— vertrouwd deel E

erfdeel C = vertrouwd deel E = erfdeel D, F of G = $\frac{7}{30}$ van A's nalatenschap.

A's massa dus = f 47000.—

+ $\frac{7}{30}$ nalatenschap

— $\frac{7}{30}$ nalatenschap

A's nalatenschap dus =

= f 47000.—

+ $\frac{7}{30}$ nalatenschap (erfdeel C)

— $\frac{7}{30}$ nalatenschap (= vertrouwd deel E)

A's nalatenschap = f 47000.— vertrouwd deel E =
(= $\frac{7}{30} \times$ f 47000.—) =
= f 10966.66[5] (zie boven)

C brengt in en moins prenant,

dus erft $\frac{7}{30} \times$ f 47000.— = f 10966.66[5]

D, F en G erven ieder eveneens „ 10966.66[5]

B ontving als schenking „ 5000.—

zijn erfdeel = $\frac{1}{15} \times$ f 47000.— = „ 3133.33[5]

zoodat hij moet teruggeven f 1866.66[5] (cf. art. 1718 j°. art. 955)

en de rest inbrengt en moins prenant.

De legitieme portie der kinderen is niet benadeeld; deze toch wordt aldus berekend:

Massa van A:

| | |
|---|---|
| aanbrengst | f 37000.— |
| $\frac{1}{2}$ winst | „ 5000.— |
| schenking B | „ 5000.— |
| schenking C | „ 15000.— |
| Totaal | f 62000.— |

Legitieme portie van B $= \frac{1}{30}$

„ „ „ C, D, F of G ieder $= \frac{7}{40}$

vertrouwd deel E $= \frac{7}{40}$ der massa, waarover krachtens art. 968 de legitieme portie berekend wordt

$\frac{47}{40} \times$ die massa $=$ f 62000.—

die massa $= \frac{40}{47} \times$ f 62000.— $=$ f 52765.95[5]

Legitieme portie van C, D, F of G $= \frac{7}{40} \times$ f 52765.95[5] $=$

$=$ f 9223.04

„ „ „ B $= \frac{1}{30} \times$ f 52765.95[5] $=$ „ 1758.86[5].

Opmerkingen.

De bovenstaande oplossing weder naar de m. i. juiste methode.

Men zal hier zien, dat de legitieme portie der wettige kinderen niet juist $= \frac{3}{4}$ en van het natuurlijk erkend kind niet juist $= \frac{1}{2}$ van het aandeel bij versterf, ten eerste, daar voor de berekening der legitieme de volle schenking van C wordt medegeteld, maar voorts, daar nu ook het vertrouwd deel van den nieuwen echtgenoot en daarmede het bedrag, waarover de legitieme portie wordt berekend, gewijzigd wordt [1]).

Anders zou dit zijn, als men den nieuwen echtgenoot

1) Cf. Mr. Rijke in W. P. N. R. 1468.

gewoon als kind mederekent en aldus ook de kindsdeelen in de nalatenschap wijzigt, wat m. i. onjuist is.

Naar het stelsel der praktijk zou dit vraagstuk waarschijnlijk aldus worden opgelost:

A's massa:

| | |
|---|---|
| aanbrengst | f 37000.— |
| $\frac{1}{2}$ winst | „ 5000.— |
| | f 42000.— |
| vertrouwd deel E = $\frac{7}{30}$ in aanbrengst, verminderd met vertrouwd deel, dus = $\frac{7}{37}$ in aanbrengst = $\frac{7}{37} \times$ f 37000.— = | „ 7000.— |
| blijft | f 35000.— |
| vlg. art. 1718 j°. art. 955 schenking B | „ 5000.— |
| | f 40000.— |

E's massa:

| | |
|---|---|
| aanbrengst | f 3000.— |
| $\frac{1}{2}$ winst | „ 5000.— |
| vertrouwd deel | „ 7000.— |
| Totaal | f 15000.— |

C brengt in zijn erfdeel = $\frac{7}{30}$ nalatenschap

Nalatenschap A = f 40000.— + $\frac{7}{30}$ nalatenschap

f 40000.— = $\frac{23}{30}$ nalatenschap

nalatenschap $\frac{30}{23} \times$ f 40000.— = f 52173.91

B = $\frac{1}{15} \times$ f 52173.91 = f 3478 26

Hij geeft dus f 1521.74 terug.

C (inbrengende en moins prenant), D, F en G ieder $\frac{7}{30} \times$ f 52173.91 = f 12173.91

30000 : 52173.91 = 7000 : 12173.91, daar 30000 $\times$ 12173.91 = 7000 $\times$ 52173.91 = ± 365217.30000.

Gemakkelijk valt aan te toonen, waaraan deze uitwerking mank gaat:

Immers als vertrouwd deel wordt slechts aan den nieu-

wen echtgenoot toegekend $\frac{7}{37}$ in eene aanbrengst van f 37000.—.

Tot de aanbrengst behoort echter ook de schenking aan B ad f 5000.—, vóór het nieuwe huwelijk gedaan, die voor het geheel wordt ingebracht, en een gedeelte van de schenking aan C, mede vóór dat huwelijk gedaan en ten beloope van C's erfdeel ingebracht [1]).

De berekening wordt dan aldus:

Nalatenschap A = f 37000.— (aanbrengst)
+ f 5000.— (schenking B)
+ $\frac{7}{30}$ nalatenschap (erfdeel C)
+ f 5000.— ($\frac{1}{2}$ winst)
— vertrouwd deel E =
= f 47000.— + $\frac{7}{30}$ nalatenschap — vertrouwd deel E

Vertrouwd deel E = kindsdeel of $\frac{7}{30}$ in aanbrengst, verminderd met vertrouwd deel, dus
= $\frac{7}{37}$ in aanbrengst =
= $\frac{7}{37}$ (f 42000.— + inbreng C) =
= $\frac{7}{37}$ (f 42000.— + $\frac{7}{30}$ nalatenschap =
= f 7945.94[5] + $\frac{7 \times 7}{30 \times 37}$ nalatenschap

Nalatenschap A = f 47000.— + $\frac{7}{30}$ nalatenschap —
— f 7945.94[5] — $\frac{7 \times 7}{30 \times 37}$ nalatenschap =

1) Men werpe hier niet tegen, dat inbreng plaats heeft in de nalatenschap des schenkers: artt. 1132 en 1137 B. W., en dus hier naar evenredigheid zou moeten plaatshebben in het gedeelte daarvan, dat gelijk is aan de aanbrengst en dat hetwelk gelijk is aan de halve winst, gelijk een legaat aldus proportioneel gedragen wordt (cf. no. 10 hierna).

Immers hetgeen hier wordt ingebracht staat geheel buiten de halve winst en kan slechts de aanbrengst ten goede komen.

$= f\,39054.05^{5} + \frac{7 \times 37}{30 \times 37} - \frac{7 \times 7}{30 \times 37}$ nalatenschap $=$

$= f\,39054.05^{5} + \frac{7 \times 30}{30 \times 37}$ nalatenschap $=$

$= f\,39054.05^{5} + \frac{7}{37}$ nalatenschap

$\frac{30}{37}$ nalatenschap A $= f\,39054.05^{5}$

Nalatenschap A $= \frac{37}{30} \times f\,39054.05^{5} = f\,48166.68$

B genoot krachtens schenking f 5000.—

zijn erfdeel $= \frac{1}{15} \times f\,48166.68 =$ „ 3211.11

zoodat hij teruggeeft f 1788.89

C (en moins prenant inbrengend)

$\frac{7}{30} \times f\,48166.68 =$ „ 11238.90

D eveneens $\frac{7}{30} =$ „ 11238.89

F eveneens $\frac{7}{30} =$ „ 11238.89

G eveneens $\frac{7}{30} =$ „ 11238.89

Totaal weder f 48166.68

E's vertrouwd deel $= \frac{7}{37} \times f\,42000.— +$

$+ f\,11238.90 = \frac{7}{37} \times f\,53238.90 = f\,10072.22$

Aan E komt toe:

aanbrengst f 3000.—

$\frac{1}{2}$ winst „ 5000.—

vertrouwd deel „ 10072.22

Totaal . . . . „ 18072.22

Te zamen f 66238.90

Er is aanwezig f 50000.—

Schenking aan B „ 5000.—

Inbreng door C „ 11238.90

Te zamen weder f 66238.90

$10072.22 : 11238.89 = 43166.68 : 48166.68$, daar: $10072.22$
$\times\, 48166.68 = 11238.89 \times 43166.68 = \pm\, 485145500.—$.

——— ———

9. 1901.

A heeft uit eerste huwelijk drie kinderen M, N en O en hertrouwt in 1890 zonder huwelijksvoorwaarden met B.

De huwelijksgemeenschap is tusschen A en zijne kinderen M, N en O vóór 1890 verdeeld.

Uit het huwelijk van A met B zijn geene kinderen geboren.

A brengt ten huwelijk aan f 46000.— en B f 4000.—.

In 1895 sterft B, tot erfgenaam nalatende haar broeder R.

De boedel A—B bedroeg ten dage van dat overlijden f 50000.— en is tusschen A en R bij helfte verdeeld.

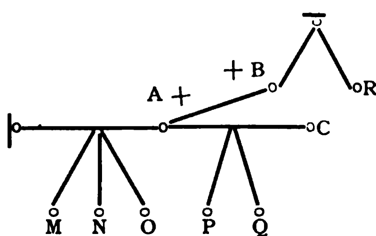
A hertrouwt in 1897 zonder huwelijksvoorwaarden met C.

De aanbrengsten in dat huwelijk zijn: van A f 25000.—, van C f 5000.—.

Uit dit huwelijk worden twee kinderen geboren P en Q.

A sterft in 1901, nalatende zijne voormelde kinderen M, N, O, P en Q, tot erfgenamen, hebbende hij bij testament van 1900 M in de legitieme portie gesteld.

Bij het overlijden van A is in den boedel A—C aanwezig f 30000.—.




Huwelijksgemeenschap A—B = f 50000.—

Krachtens de verdeeling bij helfte:

A f 25000.— R f 25000.—

R heeft aldus echter te veel ontvangen, want in verband met art. 236:

| | | |
|---|---|---|
| Aanbrengst A in tweede huwelijk | | f 46000.— |
| „ B „ „ „ | | „ 4000.— |
| | Totaal | f 50000.— |

In tweede huwelijk is dus geene winst of verlies.

In verband met de voorloopige verdeeling bij helfte [1]) moet nu bij A's overlijden de volgende herrekening plaatshebben:

Aanbrengst A in tweede huwelijk f 46000.—

M legitieme portie $= \frac{3}{20}$ nalatenschap

Vertrouwd deel B = M's legitieme portie

f 46000.— = nalatenschap A + vertrouwd deel B

Nalatenschap A + $\frac{3}{20}$ nalatenschap A = f 46000.—

$\frac{23}{20}$ nalatenschap A = f 46000.—

Nalatenschap A = „ 40000.—

vertrouwd deel B = „ 6000.—

B's erfgenaam R dus =

| | |
|---|---|
| 1°. aanbrengst B | „ 4000.— |
| 2°. vertrouwd deel | „ 6000.— |
| | f 10000.— |
| Hij verkreeg | „ 25000.— |
| heeft slechts recht op | „ 10000.— |
| geeft dus terug | f 15000.— |

| | |
|---|---|
| Huwelijksgemeenschap A - C bij hare ontbinding | f 30000.— |
| R ontving te veel | „ 15000.— |
| Totaal | f 45000.— |

Ingeval van verdeeling bij helfte:

Nalatenschap A f 22500.— C f 22500.—

In verband met art. 236 zou C dan echter te veel ontvangen, want:

---

1) Achtte de Examen-Commissie, ingeval van vooroverlijden van den nieuwen echtgenoot dit wellicht de eenige juiste wijze van liquidatie der huwelijksgemeenschap. in afwijking van het stelsel der praktijk?

| | | |
|---|---|---|
| Aanbrengst A in derde huwelijk | f | 40000.— |
| „ C „ „ „ | „ | 5000.— |
| Totaal | f | 45000.— |

In derde huwelijk is geene winst of verlies.

| | | |
|---|---|---|
| A bracht in derde huwelijk aan | f | 25000.— |
| waarbij door R terug te geven | „ | 15000.— |
| | f | 40000.— |
| Nalatenschap A dus = | „ | 40000.— |

waarin gerechtigd zijn:

| | | |
|---|---|---|
| M voor $\frac{3}{20}$ of | f | 6000.— |
| N, O, P en Q elk voor $\frac{17}{80}$ of f 8500.— samen | „ | 34000.— |
| Samen weer | f | 40000.— |
| C is gerechtigd tot eigen aanbrengst | f | 5000.— |
| ½ winst en vertrouwd deel, beide | „ | 0.— |
| Blijft | f | 5000.— |

Opmerkingen.

Daar hier noch in het tweede noch in het derde huwelijk winst of verlies blijkt te zijn, bestaat hier in de uitwerking tusschen het m. i. juiste stelsel en dat der praktijk geen onderscheid.

Uitgaande van de boven verdedigde en ook door de meesten aangenomen stelling, dat voorzoover de tweede echtgenoot reeds tot de geoorloofde maat door de huwelijksgemeenschap of anderszins van de zijde van den hertrouwden is bevoordeeld, de derde echtgenoot van dezen niets meer kan genieten, zal hier, waar dit zich inderdaad voordoet en de hertrouwde echtgenoot na de ontbinding van het tweede huwelijk niets meer verkregen heeft, de derde echtgenoot C, uit de huwelijksgemeenschap geen voordeel meer kunnen genieten.

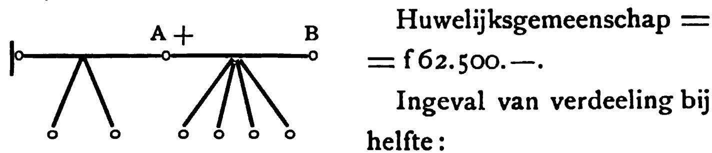
10. Het volgend vraagstuk werd eenmaal opgegeven onder de oude wetsregeling bij een examen voor een der Provinciale Hoven.

A, weduwnaar met twee kinderen, hertrouwt met B. Uit dit huwelijk zijn geboren vier kinderen.

A heeft aan zijne voorkinderen te zamen gelegateerd f 6000.— en aan zijne vrouw bij huwelijksvoorwaarden gemaakt het beschikbare gedeelte zijner nalatenschap. Bij ontbinding des huwelijks (door den dood van A) is aanwezig f 62500.—

A bracht aan f 6000.— en erfde staande huwelijk f 8000.—.

B bracht niets ten huwelijk aan.




Huwelijksgemeenschap = = f 62.500.—.

Ingeval van verdeeling bij helfte:

Nalatenschap A f 31250.— B f 31250.—

In verband met art. 236 ontvangt B volgens de m. i. juiste methode dan te veel, want:

Totaal der huwelijksgemeenschap bij hare ontbinding = = f 62500.—

| | | |
|---|---|---|
| Door A werd ten huwelijk aangebracht | f 6000.— | |
| en geërfd staande huwelijk | „ 8000.— | |
| B's aanbrengst | „ 0 — | |
| Totaal aanbrengsten | | „ 14000.— |
| Winst staande tweede huwelijk | | f 48500.— |

Massa of fictieve nalatenschap van A:

| | | |
|---|---|---|
| aanbrengst | f 6000.— | |
| geërfd staande huwelijk | „ 8000.— | |
| ½ winst | „ 24250.— | |
| Totaal . . . . . . . . | | f 38250.— |
| Legaat aan de beide voorkinderen | | „ 6000.— |
| Blijft | | f 32250.— |
| | | 7 |
| B en elk der kinderen ontvangt | | f 4607.14 |
| Totaal huwelijksgemeenschap | | „ 62500.— |

B krijgt:

| | | |
|---|---|---|
| aanbrengst | f 0.— | |
| vertrouwd deel = elk kind | „ 4607.14 | |
| ½ winst | „ 24250.— | |
| Totaal | | „ 28857.14 |
| Nalatenschap A | | f 33642.86 |

De helft der huwelijksgemeenschap = f 31250.—, zoodat B aldus minder verkrijgt dan de helft der huwelijksgemeenschap, die dus ingevolge artt. 236 en 240 moet worden verdeeld, dus is B gerechtigd in de gemeenschap voor f 28857.14

| | |
|---|---|
| Nalatenschap A | f 33642.86 |
| af legaat aan de voorkinderen | „ 6000.— |
| Blijft | f 27642.86 |

waarin ieder der kinderen geniet ⅙ of f 4607.14, hetgeen evenveel is als B geniet krachtens art. 236.

Opmerkingen.

B geniet hier als vertrouwd deel = een minste kindsdeel en niet = een minste voorkindsdeel, dus niet ook = ½ van het legaat aan de voorkinderen.

Levert deze wijze van uitwerking weinig moeielijkheden op, geheel anders wordt dit bij die, welke eene consequente toepassing is van het stelsel der praktijk, krachtens welke B door verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte eveneens te veel blijkt te ontvangen.

Men oordeele:

Massa of fictieve nalatenschap van A:

| | |
|---|---|
| aanbrengst | f 6000.— |
| geërfd staande huwelijk | „ 8000.— |
| | f 14000.— |

Men zou nu hierin aan de nieuwe echtgenoote B als vertrouwd deel kunnen toekennen $\frac{1}{7}$ of f 2000.— benevens de helft van het bedrag van het legaat = f 3000.— of samen f 5000.— [1]), maar dan verliest men uit het oog, dat aldus art. 236 overtreden wordt, daar een kindsdeel of $\frac{1}{7}$ van het restant van A's aanbrengst ad f 9000.— = f 1500.—, dus veel minder dan f 5000.—. Nu ontvangen de voorkinderen ieder uit dat restant aanbrengst nog wel een deel van het legaat, waarin het met de helft der winst of f 24250.—, die samen A's nalatenschap zouden uitmaken, ook proportioneel dragen moet, maar daardoor wordt elk kindsgedeelte ook weder kleiner, zoodat in het restant aanbrengst ieder voorkind in het geheel veel minder zou genieten dan f 5000.—.

B is dus voor haar vertrouwd deel in die f 14000.— voor minder gerechtigd dan f 5000.— en dus voor minder dan de helft van het bedrag van het legaat, daar hierin wordt gedragen zoowel door A's aanbrengst—vertrouwd deel als door de halve winst en B slechts zooveel mag

1) Aangenomen dan, dat in art. 236 het minste voorkindsdeel bedoeld is.

genieten als de helft uitmaakt van hetgeen A's aanbrengst—vertrouwd deel hierin draagt.

Wanneer men er zich nu rekenschap van geeft, dat ieder deel van A's nalatenschap naar evenredigheid in het legaat moet dragen, kan het vertrouwd deel aldus vastgesteld worden:

Stelt het aantal guldens, in het legaat van f 6000.— gedragen door A's aanbrengst (= f 14000.—), verminderd met het vertrouwd deel van B, op x, dan verkrijgt men deze formule:

$$x : 6000 - x = 14000 - \frac{14000 - 1\frac{1}{2}x}{7} - \frac{1}{2}x : 24250$$

daar het aandeel in het legaat, gedragen door aanbrengst—vertrouwd deel, zich verhoudt tot het aandeel in het legaat, gedragen door de halve winst, gelijk aanbrengst—vertrouwd deel zich verhoudt tot die halve winst;
of wel deze formule:

$$x : 14000 - \frac{14000 - 1\frac{1}{2}x}{7} - 1\frac{1}{2}x = 6000 - x :$$

$$: 24250 - 6000 + x$$

daar hetgeen in het legaat gedragen wordt door aanbrengst—vertrouwd deel zich verhoudt tot wat de kinderen samen uit het restant van A's aanbrengst *erven*, gelijk hetgeen in het legaat gedragen wordt door de halve winst zich verhoudt tot wat de kinderen samen *erven* uit de halve winst.

Werken wij b. v. de eerste formule uit:

$$x : 6000 - x = 14000 - \frac{14000 - 1\frac{1}{2}x}{7} - \frac{1}{2}x : 24250$$

$$24250x = 84000000 - \frac{84000000 - 9000x}{7} - 3000x - 14000x + \frac{14000x - 1\frac{1}{2}x^2}{7} + \frac{1}{2}x^2$$

$$\frac{\phantom{169750x}}{7}$$

$$169750x = 588000000 - 84000000 + 9000x - 21000x - 98000x + 14000x - 1\frac{1}{2}x^2 + 3\frac{1}{2}x^2$$

$2x^2 - 265750x = -504000000$

$x^2 - 132875x = -252000000$

$x^2 - 132875x + 66437.50^2 = -252000000 + 66437.50^2$

$x - 66437.50 = \sqrt{4161941406.25}$

$x = 66437.50 - 64513.11 = 1924.39$

A's massa:

| | | |
|---|---|---|
| huwelijksaanbrengst | f 6000.— | |
| geërfd staande huwelijk | „ 8000.— | |
| | | f 14000.— |

| | | |
|---|---|---|
| Vertrouwd deel van B $= \frac{1}{2}$ legaat der voorkinderen, voorzoover gedragen door de aanbrengst of $\frac{1}{2} \times$ f $1924.39 =$ | f $962.19^5$ | |
| kindsdeel in aanbrengst $=$ $= \frac{1}{7}$ (f 14000 — f $2886.58^5$) $=$ $= \frac{1}{7} \times$ f $11113.41^5 =$ | „ 1587.63 | |
| Samen . . | | „ $2549.82^5$ |
| blijft | | f $11450.17^5$ |
| $\frac{1}{2}$ winst | | „ 24250.— |
| Nalatenschap A | | f $35700.17^5$ |
| legaat voorkinderen | | „ 6000.— |
| blijft | | f $29700.17^5$ |
| waarin elk der kinderen geniet $\frac{1}{6}$ of | | „ 4950.03 |
| terwijl de voorkinderen bovendien elk genieten $\frac{1}{2}$ legaat of | | „ 3000.— |
| zoodat elk voorkind geniet | | f 7950.03 |

Aan B komt toe:

| | | |
|---|---|---|
| | hare aanbrengst | nihil |
| | vertrouwd deel | f 2549.82[5] |
| | ½ winst | „ 24250.— |
| | Totaal | f 26799.82[5] |
| Uitmakende met A's nalatenschap | | „ 35700.17[5] |
| | Een totaal van | f 62500.—. |

Opmerkingen.

Dat deze methode, hoewel consequent het stelsel der praktijk volgend [1]), tot eene ingewikkelde berekening aanleiding geeft, waarbij in verhouding tot het te verdeelen saldo met reusachtige getallen gewerkt moet worden, zal zeker niemand tegenspreken.

Hieruit volgt m. i. duidelijk het groote practische bezwaar tegen het thans gevolgde stelsel, want wenschelijk en duidelijk voor gerechtigden tot eene zoodanige huwelijksgemeenschap zijn zulke berekeningen zeer zeker niet.

Dat hier x = het aantal guldens in het legaat aan de voorkinderen, gedragen door het deel van des hertrouwden nalatenschap, dat gelijk is aan zijne aanbrengst, verminderd met het vertrouwde deel, juist is berekend, blijkt, als men de waarde van x in de vergelijking substitueert.

Men krijgt dan:

$$1924.39 : 4075.61 = 14000 - \frac{14000 - 2886.58^{5}}{7} -$$
$$- 962.19^{5} : 24250$$

1) Vergelijk analogice de uitspraken voor de heffing van overgangsrecht op effecten naar evenredigheid van het aandeel van den nieuwen echtgenoot in de baten in P. W. 5360, 5546, 6429 en 9218, reeds boven vermeld.

$$1924.39 : 4075.61 = 14000 - \frac{11113.41^5}{7} - 962.19^5 : 24250$$

$$1924.39 : 4075.61 = 14000 - 1587.63 - 962.19^5 : 24250$$

$$1924.39 : 4075.61 = 11450.17^5 : 24250$$

$$1924.39 \times 24250 = 4075.61 \times 11450.17^5 = \pm 466664525.—.$$

Het vertrouwd deel van art. 236 omvat hier mede een bedrag van ½ van het legaat aan de voorkinderen, ingevolge de opvatting in de praktijk omtrent art. 236: het minste voorkindsdeel.

Ingevolge de beslissing in P. W. 8777, boven vermeld, nam ik hier aan, dat in art. 237 ook bedoeld is de „boedel" van art. 236, dus de aanbrengst, niet vermeerderd met de halve winst.

De nieuwe echtgenoot kan dus krachtens huwelijksvoorwaarden niets meer genieten, waar hij reeds als vertrouwd deel het geoorloofd maximum heeft genoten.

---

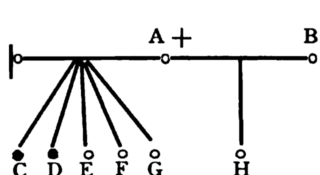
11. Een duidelijk voorbeeld van hetgeen de nieuwe echtgenoot genieten mag, kan nog leveren het volgend geval:

A, weduwnaar met twee staande zijn eerste huwelijk wettelijk erkende natuurlijke kinderen, C en D, en drie wettige voorkinderen E, F en G, hertrouwt met B, uit welk huwelijk wordt geboren één kind, H.

De aanbrengst ten tweeden huwelijk bedroeg: van A f 28500.— van B f 24000.—.

Bij de ontbinding van het tweede huwelijk door den dood van A blijkt er eene winst te zijn gemaakt van f 36000.—.

A heeft bij testament aan B gemaakt, wat hij haar maken mag en de rest van het beschikbaar gedeelte besproken aan X.




Huwelijksgemeenschap =
= f 88500.—
Bij verdeeling bij helfte:
Nalatenschap A f 44250.—
B „ 44250.—

Hetzij men hier de m. i. juiste methode, hetzij die der praktijk volgt, men ziet aanstonds, dat hier de verdeeling der huwelijksgemeenschap bij helfte de juiste is.

Het totaal der huwelijksgemeenschap bedraagt:

| | | |
|---|---|---|
| Aanbrengst A | f | 28500.— |
| „ B | „ | 24000.— |
| winst | „ | 36000.— |
| te zamen | f | 88500.— |

Nalatenschap A dus f 44250.—

B is gerechtigd in de huwelijksgemeenschap voor f 44250.—

B zal dus nu uit A's testament nog mogen genieten het verschil tusschen het voor haar geoorloofd maximum en de helft der huwelijksgemeenschap.

De berekening hiervan zal tusschen de beide stelsels nog eenig verschil opleveren.

Deze berekening zal moeten plaatshebben aldus:

Bij versterf zijn gerechtigd in A's nalatenschap:

C en D ieder voor $\frac{1}{72}$, daar hunne erkenning E, F en G niet in hunne erfporties mag benadeelen krachtens art. 340, wel H, zoodat het $\frac{1}{18}$ waarop C en D ieder, waren zij niet staande huwelijk erkend, zouden hebben recht gehad, niet kan worden geimputeerd op $\frac{3}{4}$ en dus wel op slechts $\frac{1}{4}$ der nalatenschap en derhalve wordt teruggebracht tot $\frac{1}{72}$ [1]);

---

1) Cf. Zesde Hoofdstuk no. 4 i. f. (Noot 1 op bl. 250).

E, F en G ieder voor $\frac{1}{4}$; H voor $\frac{2}{8}$.

Nu zij door A's testamentaire beschikkingen zijn beperkt tot hunne legitieme portie, bedraagt deze:

voor C en D ieder $\frac{1}{144}$ of samen $\frac{2}{144}$

voor E, F en G ieder $\frac{3}{16}$ of samen $\frac{81}{144}$

voor H $\frac{1}{6}$ of $\frac{24}{144}$

Samen $\frac{107}{144}$

Het beschikbaar deel bedraagt dus $\frac{37}{144}$.

Naar mijne meening mag B nu krachtens huwelijksgemeenschap en testament te zamen als maximum ontvangen:

hare aanbrengst = f 24000.—

$\frac{1}{2}$ winst = „ 18000.—

$\frac{1}{7} \times$ (A's aanbrengst + $\frac{1}{2}$ winst) =

= $\frac{1}{7} \times$ f 46500.— = „ 6642.86

Samen f 48642.86

zij ontving reeds als helft der gemeenschap „ 44250.—

zoodat zij nog ontvangt krachtens testament f 4392.86

Voor X is dus nog beschikbaar $\frac{37}{144}$ van A's nalatenschap, verminderd met f 4392.86.

Ieder ontvangt dus uit A's nalatenschap ad f 44250.—:

C $\frac{1}{144}$ = f 307.29

D $\frac{1}{144}$ = „ 307.29

E $\frac{3}{16}$ = „ $8296.87^5$

F $\frac{3}{16}$ = „ $8296.87^5$

G $\frac{3}{16}$ = „ $8296.87^5$

H $\frac{1}{6}$ = „ 7375.—

B krachtens testament = „ 4392.86

X $\frac{37}{144}$ — f 4392.86

of f $11369.79^5$ — f 4392.86 = f $6976.93^5$

Totaal weder f 44250.—

Opmerkingen.

Aangenomen werd hier, dat B's vertrouwd deel op de m. i. juiste wijze werd vastgesteld: het minste kindsgedeelte uit aanbrengst + $\frac{1}{2}$ winst van den hertrouwde.

Naar de methode der praktijk zou het voor B geoorloofd maximum bedragen:

| | |
|---|---|
| hare aanbrengst = | f 24000.— |
| $\frac{1}{2}$ winst = | „ 18000.— |
| $\frac{3}{16}$ van A's aanbrengst = | „ 4500.— |
| $\frac{1}{6} \times \frac{1}{2}$ winst = | „ 3000.— |
| Samen | f 49500.— |
| $\frac{1}{2}$ gemeenschap bedraagt | „ 44250.— |

dus mag B nog uit A's testament f 5250.— ontvangen en X de rest van het beschikbaar deel.

Uit A's nalatenschap ontvangen de wettige en natuurlijke kinderen dus ieder evenveel als naar de andere methode, B echter f 5250.— en X de rest of f6119.79[5].

B mag hier dus weder krachtens huwelijksgemeenschap uit de aanbrengst evenveel genieten als een voorkind ingevolge art. 236, krachtens testament uit de halve winst daarentegen evenveel als het minst genietend wettig kind ingevolge art. 949, waarbij geene herleiding van het breukcijfer plaatsheeft.

# STELLINGEN.

---

I.

Jure Romano was, indien eene dading niet werd nagekomen, de actie uit het oorspronkelijk contract, ondersteund door eene exceptio de dolo, tegen de wederpartij, die in gebreke bleef, nog ontvankelijk.

II.

Eene bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot in tweede of verder huwelijk, welke de grenzen, in de Lex Hac edictali gesteld, overschreed, was naar Justinianeïsch recht niet nietig, maar slechts vatbaar voor inkorting.

III.

Het woord „boedel" in art. 236 al. 1 in fine B. W. is identiek met het woord „goederen" in art. 949 in fine B. W., zoodat het onjuist is bij de scheiding eener aan de bepaling van art. 236 B. W. onderworpen tweede huwelijksgemeenschap het z.g n. vertrouwd deel van den nieuwen echtgenoot niet ook te berekenen over de wederhelft der winst of de wederhelft van het verlies.

IV.

Alle artikels in het Burgerlijk Wetboek, die handelen over het beginsel der Lex Hac edictali, staan met

elkander in onafscheidelijk verband, zoodanig dat, waar de nieuwe echtgenoot, op welke wijze dan ook, het geoorloofd maximum van de zijde van den hertrouwden echtgenoot heeft ontvangen, hij op geenerlei wijze iets meer van diezelfde zijde genieten mag, en een volgende echtgenoot nog slechts zooveel mag genieten als c. q. nog van het geoorloofd maximum beschikbaar blijkt te zijn.

V.

Bij den verkoop krachtens het beding, in art. 1223 al. 2 B. W. bedoeld, hetwelk als een bestanddeel van het recht van hypotheek is op te vatten, handelt de schuldeischer in geen enkel opzicht als vertegenwoordiger van den schuldenaar.

VI

Bij de uitsluiting der aansprakelijkheid van den Staat als telegraafondernemer behoort voor de gevolgen van een verkeerd overgebracht telegram niet als regel uitsluitend aansprakelijk te worden gesteld hij, die voor de verklaring van zijnen wil het eerst van de telegraaf gebruik heeft gemaakt.

VII.

Ten onrechte werd in de arbitrale uitspraak te Amsterdam van den 7en April 1902 beslist, dat er geen ongeval of ongeluk (accident, cas fortuit) voor den getroffene aanwezig is, waar deze persoonlijk letsel heeft bekomen door het opzettelijk ingrijpen van eenen menschelijken wil. (W. v. h. R. 7731 e. v.).

VIII.

Tusschen trekker en betrokkene van eenen wissel aan eigen order staat steeds beroep open op hunne onderlinge rechtsverhouding buiten den wissel om, daar de trekker hier tegenover den betrokkene geenszins als nemer is te beschouwen.

IX.

De in art. 727 W. v. B. Rv. bedoelde beschikkingen van den president der arrondissements-rechtbank zijn onderworpen aan appèl en cassatie.

X.

Veroorzaakt ééne strafbare handeling meerdere gevolgen, dan is er reëele (niet ideëele) concursus, en is art. 57 of 58 W. v. S. toepasselijk.

XI.

Verzet met geweld tegen een bestuurder of beëedigd beambte van een spoorwegdienst onttrekt den dader ingeval van onbekendheid met art. 183 W. v. S. niet aan de toepassing van art. 180 W. v. S.

XII.

In verband met art. 401 j°. art. 8 W. v. S. v. moet de bewijskracht der ambtseedige processen-verbaal geacht worden zich slechts uit te strekken tot die feiten, waarvan aan de ambtenaren, door wie die processen-verbaal zijn opgemaakt, de opsporing is opgedragen.

XIII.

De meerderjarige Koning, die vóór het bereiken van den dertigjarigen leeftijd een huwelijk wil aangaan, behoeft daartoe geene toestemming van nog in leven zijnde Ouders of Grootouders.

XIV.

Een bij Gemeenteverordening gesteld algemeen verbod van aanplakking op daartoe niet door B. en W. aangewezen plaatsen, is in strijd met art. 7 der Grondwet (H. R. 26 Mei 1902 W. v. h. R. 7780).

XV.

De taak, in artt. 136—139 Provinciale wet aan de Provinciale Staten opgelegd, had in verband met het stelsel der Provinciale wet uitsluitend aan de Gedeputeerde Staten behooren te zijn opgedragen.

XVI.

Het percentsverschil, in art. 41 der Wet van 13 Mei 1859 St bl. 36 (de Successiewet) aangenomen, is volkomen in overeenstemming met den aard van het successierecht, dat, in art. 42 dierzelfde wet gemaakt, is echter in strijd met den aard van het overgangsrecht.

---



